المستشار الدكتور
حسين فتحى عطية أحمد

النظرية العامة للإكراه في القانون الجنائي

دراسة مقارنة

الطبعة الأولى
٢٠٠٨

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت

مقدمه

١ـ موضوع الرسالة وأهميته :ـ

لقد كرم الله عز وجل الإنسان فخلقه فى أحسن صورة ، وميزه بالعقل الذى هو عمده التكليف مصداقا لقوله جل شأنه " لقد خلقنا الإنسان فى احسن تقويم " [١] وقوله عز وجل " خلق السموات والأرض بالحق وصوركم فأحسن صوركم واليه المصير " [٢] ... فهذه الآيات الكريمة تدل على أن الله عز وجل كرم الإنسان اعظم تكريم ، حيث جعله فى أبهى صورة ومن حسن صورته ان خلقه منتصبا غير منكب ، متناسب الأعضاء ، كما كرمه بالعقل ، وبه يعرف الله عز وجل ، ويفهم كلامه ، ويصل إلى نعيمة وتصديق رسله .

وبالرغم من تكريم الله سبحانه وتعالى لبنى آدم ومنحهم العقل فان النفس البشرية تحوى بداخلها مجموعة من الغرائز ، ولأجل أن يشبع الإنسان غرائزه قد يعتدى على حقوق الآخرين ومن ثم يرتكب الجريمة والتى من شأنها الإخلال بأمن المجتمع ونظامه مما يوجب تدخل الدولة فى سبيل ملاحقه صاحب هذا العقل لتباشر قبله الأجراء المناسب الذى يتفق مع القانون .

ونعنى بالقانون فى هذا المجال قانون العقوبات والإجراءات الجنائية .

فقانون العقوبات يحمى الحقوق الأساسية للأفراد بالتهديد بعقاب كل من يعتدى عليها ، فهو يحمى حق الإنسان فى الحياة وسلامة الجسم وفى الملكية وغيرها ، ويهمنا فى هذا المجال حماية حق الإنسان فى إرادته فلا يتم الإعتداء عليها إلا إذا وجد مقتضى لذلك .

أما قانون الإجراءات الجنائية فيكفل التوازن بين حق المجتمع فى الاقتصاص من المجرم وحق المتهم فى الدفاع عن نفسه ، فالمصلحة الحقيقية للجميع

---

[١] سورة التين الاية (٤)

[٢] سورة التغابن الاية (٣)

هـــي توفيـــر أكبر نصيب من الحرية لكل فرد على حده وليست فى اتخاذ مصلحة الجميع ذريعة يبرر الإفتئات على حرية الأفراد .

ويكاد يجمع الفقه القانوني على أن الجريمة تقوم على ركنين : الأول مادى ، والثانى معـــنوى وإنـــه يـــتطلب حتى تتحقق المسئولية الجنائية أن يصدر الفعل عن إرادة خاطئة، ومن ثم يلزم فى هذه الإرادة أن تكون إرادة حرة مدركة ، وقد تعرض لهذه الإرادة أســـباب تـــنال منها ولعل من أهم تلك الأسباب الإكراه لذا كان بحثنا عن " النظرية العامة للإكراه فى القانون الجنائى "

٢ـ خطة البحث :ـ

علـــى ضـــوء ما تقدم سوف نقوم بتقسيم هذا البحث إلى بابين يسبقهما باب تمهيدى ، وذلك على النحو التالى .

الباب التمهيدي : ماهية الإكراه وصوره .

الفصل الأول : معنى الإكراه وتطوره .

الفصل الثاني : الإكراه المادى .

الفصل الثالث : الإكراه المعنوى .

الباب الأول : الإكراه فى قانون العقوبات .

الفصل الأول : تعريف الجريمة وتحديد أركانها .

الفصل الثانى : ماهية طرق الإكراه .

الفصل الثالث : طبيعة طرق الإكراه .

الباب الثاني : الإكراه فى قانون الإجراءات الجنائية .

الفصل الأول : الإكراه فى مرحلة جمع الاستدلال .

الفصل الثانى : الإكراه فى مرحلة التحقيق الابتدائى .

الباب التمهيدى
ماهية الإكراه وصوره

٣ـ تقسيم :

الكلام عن ماهية الشئ يستلزم البحث فى تعريفه وإذن فمن المتعين عند بيان ماهية الإكراه أن نوضح حقيقته ثم تطوره التاريخى ، وإذا ما أنتهينا من ذلك ننتقل إلى أنواع الإكراه وشروطه وعلى ذلك سنقسم الدراسة فى هذا الباب إلى ثلاث فصول :

الفصل الأول: معنى الإكراه وتطوره .

الفصل الثانى: الإكراه المادى وشروطه .

الفصل الثالث : الإكراه المعنوى وحالة الضرورة .

الفصل الأول
معنى الإكراه وتطوره

٤ـ تمهيد وتقسيم :ـ

يبرز الإكراه بروزاً واضحاً فى الفقه الحديث ويتميز بهذا الوضوح عن سائر عيوب الإرادة ، وذلك بأن الإكراه أقرب عيوب الإرادة إلى الموضوعية وأبعدها عن الذاتية ؛ بسبب تأثيره على حرية الإختيار للإنسان وسلبه لها سلباً تاماً أو جزئياً وحسب الأحوال .

والإكراه قد يكون مادياً يشل إرادة الجانى بقوة مادية لا قبل له بمقاومتها ، وتجمع المدارس الجنائية والشرائع على أن المكرَه مادياً لا يسأل جنائياً ، وقد يكون الإكراه معنوياً يقيد حرية الجانى تقييداً أدبياً بعوامل قد يمكن مقاومتها بمجازفة

كبيـرة، أو بقـدرة غيـر مألـوفة لدى الإنسان العادى الذى لأجله تقررت قواعد المسئولية الجنائية والإعفاء منها(1) .

ولـذا قد يتفاوت الرأى فى فهم موضع الإكراه بين مدرسة وأخرى أو بين تشريع وآخر ، وعليه سنتداول فى هذا الفصل معنى الإكراه وتطوره التاريخى من خلال ثلاث مباحث على النحو التالى :-

المبحث الأول : المعنى اللغوى والاصطلاحى للإكراه .

المبحث الثانى : التطور التاريخى لفكرة الإكراه .

المبحث الثالث : الإكراه والمدارس الجنائية الكبرى .

المبحث الأول
المعنى اللغوى والإصطلاحى للإكراه

٥- تقسيم :-

للإكـراه معنيان : معنى لغوى وآخر إصطلاحى مما يقتضى التعرض لكل منها فى مطلب وآخر على حدة .

---

(١) المسئولية الجنائية تتأتى نتيجة مخالفة شخص لأوامر القاعدة الجنائية أو عدم إمتثال لنواهيها ...... د/ محمود جمال الدين ذكى ، الوجيز فى النظرية العامة للإلتزام فى القانون المدنى المصرى ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ١١ . د/رؤوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابى ، دار الفكر العربى ، ط ٤ ، ١٩٧٩ ، ص ٦٠١ .

المطلب الأول
المعنـــى اللــغــوى للإكـــراه.

٦ـ الاكراه بمعنى الإجبار :ـ

الإكراه فى اللغة مصدراً كرهه إذ حمل الإنسان على أمر يكرهه ولا يرضاه (١) والكــره بالفــتح(٢) إسم منه يقال أكرهته على كذا أى حملته عليه وهو كاره (٣) والمكــره ما أكرهك غيرك عليه. تقول جئتك كرها وأدخلتنى كرها، وأكرهته تعنى حملــته علــى أمر هو له كاره (٤) والكره معنى قائم بالمكره ينافى المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منها مقابل الآخر (٥).

---

(١) لأبى محمد محمود بن أحمد الغينى ، البناية فى شرح الهداية ، دار الفكر ، بدون تاريخ نشر ، جــ١٠ ، ص٤٣

(٢) عدا قوله تعالى : " كتب عليكم القتال وهو كره لكم " البقرة الآية ٢١٦.

لأن كــل ما فى القرآن من الكره بالضم فالفتح فيه جائز – ولهذا يستعمل الحب والإكراه متقابلين قــال تعالــى : " وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم " البقرة الآية ٢١٦ .

د/ محمــد أحمــد مكــين ، أركان وشروط الإكراه " دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى " ، المجلة القانونية الاقتصادية ، جامعة الزقازيق ، ١٩٩٣ ، ع٥ ، ص ١٩٤.

(٣) والإكراه يقال قام على كره أى على مشقة وأقامه فلان على كره أى أكرهه على القيام"...

مخــتار الــصحاح ، لأبى بكر الرازى ، طبعة بيروت ، دار الفكر العربى ودار القرآن الكريم ، ١٩٧٢ ، ص٥٦٩

(٤) ابــن مــنظور : لسان العرب ، دار المعارف ، بدون تاريخ نشر ، جــ٥ ، باب كره ، ص ٣٨٦٥.

(٥) الإمام علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربى ، بيروت ، ط ٢ ، ١٤٠٢ هــ - ١٩٨٢ م ، جــ ٧ ، ص ١٧٥.

٧ـ مفهوم فقهاء الشريعة للإكراه :ـ

اخـتلفت تعريفات الفقهاء للإكراه فيعرفه رأى بأنه... " اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفـى بـه رضاه أو يفسد به إختياره مع بقاء أهليته ، وهذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما توعد به ، وذلك إنما يكون من القادر والسلطات وغيره سيان عند تحقق القدرة ." (١)

ويعرفه آخر بأنه ... " فعل يوجد من المكره فيحدث فى المحل معنى يصير بـه مدفوعا إلى الفعل الذى طلب منه. وفى الوافى هو عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده ويكره على أمر بحيث ينتفى به الرضا ." (٢)

ويعـرفه ثالـث بأنه ... " تهديد الغير على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفى به الرضا(٣) أو بأنه حمل الغير على فعل شئ بدون رضاء منه سواء مع سلب قدرته وإرادته أو مع وجودهما"(٤)

ويعـرفه رأى أخير بأنه ... " حمل المرء غيره على أمر كان يمتنع عنه قبل الإكراه بتخويف المكره يقدر الحامل على إيقاعه – ويصير الغير خائفاً به فائت الرضا بالمباشرة" (٥) .

ويتبـين مـن هـذه التعريفات رجحان تعريف الفريق الأخير الذى يعرف الإكـراه بأنه حمل المرء غيره على أمر كان يمتنع عنه قبل الإكراه بسبب تخويف وغلبة ظن المكره أن يقع ما هدد به لأن الشأن فى التعريف أن يكون كاشفاً للمعرف بصورة واضحة وظاهرة وهذا ما يتوافر فى التعريف الذى اخترناه (٥) .

---

(١) شـمس الـدين أحمـد بن قودر ، نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأفكار ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابلى بمصر ، بدون تاريخ نشر ، جـ ٩ ، ص ٢٣٣.

(٢) لأبى محمد محمود بن أحمد الغينى ، مرجع سابق ، ص ٤٣.

(٣) زيـن الـدين بـن نجـم ، البحـر الرائق ، المطبعة العملية ، ط١، ١٣١١هـ ، جـ ٨ ، ص ١٧٩ .

(٤) د/عبد الحميد ميهوب، التكاليف الشرعية، دار الكتاب الجامعى، ط١ ، ١٤٠٠هـ، ص ٨٤.

(٥) عـبد العزيز البخارى ، كشف الأسرار ، الصديق بيلشر – كرانشى باكستان ، بدون تاريخ نشر ، جـ٤ ، ص١٠٥.

(٥) د/ محمد زكريا البرديسى ، الإكراه بين الشريعة والقانون ، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٦٠، ع١ ، ص٢.

المطلب الثانى
الإكراه اصطلاحا

٨ـ لدى الفقه :ـ

تعددت تعريفات الفقهاء للإكراه

٩ـ (أولا) فى مصر :

عرفه رأى بأنه ...... " حمل شخص على إتيان فعل معين لا يقبله حكمة المتعقل ، فيما لو تركت له إرادته المعتبرة من الوجهة القانونية" [١] .

ويعرفه آخر بأنه ... " ضغط على إرادة الغير بحيث تشكل وفقاً لإرادة من يباشر الإكراه" [٢]

ويعرفه ثالث بأنه ... " ضغط يمارسه شخص على إرادة الجانى فيحمله على القيام بنشاط إجرامى معين" [٣].

ويعرفه رابع بأنه ... " حمل الغير على إتيان ما يعد جريمة سواء تمثل ذلك فى صورة فعل أو امتناع"[٤].

---

(١) د/ ذنون أحمد الرجبو ، النظرية العامة للإكراه والضرورة " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراة حقوق القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص١

(٢) د/ مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات " القسم العام " ، دار الفكر العربى ، ط ٤ ، ١٩٨٤ ، ص٣٦٤

(٣) فالجانى يقوم بنفسه بالنشاط الإجرامى ولكنه يفعل ذلك تحت تأثير ضغط يمارسه الغير على إرادته فيشلها شلاً ، ويجردها تجريداً من حرية الاختيار فينساق نحو العمل الذى قارفه وهو لا يملك قراراً لأن ذلك سوف يكلفه تضحية لا قبل له بتحملها ... د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ، ص٥١٢

(٤) د/ عوض محمد ، قانون العقوبات " القسم العام " دار المطبوعات الجامعية ، بدون تاريخ نشر ، ص٥٢٤.

ويعرفه رأى خامس بأنه ... " كل وسيلة من شأنها سلب إرادة المجنى عليه ويستوى فى ذلك الوسائل المادية والوسائل المعنوية " (١).

ويـذهب رأى أخير إلى أنه ... " عارض نفسى كالجنون ولكنه يختلف عنه بأن الجنون يلغى الإدراك تماماً فى حين أن الإكراه يلاشى حرية الإرادة " (٢)

١٠ـ (ثانيا) فى فرنسا :

عـرفه رأى بأنـه ... " محـو القـدرة علـى التميـز والإختيار بسبب الاضطرابات النفسية والعصبية للجانى(٣)

وعـرفه آخر بأنه ... " يفرض غياب حرية الإختيار لعذر قهرى وقع على الجانى" (٤).

ويعـرفه ثالث بأنه ... " ضغط مادى أو معنوى يمارسه المكره لسلب إرادة الجانى أو التأثير فيها " (٥).

ويعـرفه رأى أخير بأنه ... " أفعال العنف التى يرتكبها الجانى على جسم المجنـى علـيه بقصد التغلب على المقاومة التى يبديها للحيلولة بينه وبين ارتكاب الجريمة " (٦)

ومـن جماع ما تقدم نستطيع أن نعرف الإكراه بأنه ضغط مادى أو معنوى أيـاً كـان مـصدره يمارس على المكره لسلب إرادته أو التأثير فيها لإتيان ما يعد

---

(١) د/ فـوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " دار النهضة العربية ، ط٢ ، ٢٠٠٠ ،ص٥٣٢

(٢) د / عـبد الـوهاب حومد ، الوسيط فى شرح القانون الجنائى الكويتى " القسم العام " ، بدون جهة نشر، ط٣ ،١٩٨٣ ، ص٢٧٨

(٣) Canin (P), Droit Pénal Général , Hachette , 2000. P. 79

(٤) ويعتبـر المرض من قبيل الأعذار القهرية مثل إصابة المجنى عليه بحالة إغماء Synocope أو غثيان Avanouissement أو غيبوبة etate de come فيستغل الجانى هذه الحالة التى أصابت المجنى عليه

Besancon, 31 Déc 1857, S. 1858.2. 355, D. P. 1871 . 5. 33

Capagne (M. N), Droit Pénal Général, l'hermes, 2 ém, éd, 1993, no. 17, p. 63

(5) Soyer (J. C), Manuel droit penal et procedure pénalé, 7 ém, éd, 1987, no 17, p.106

- Merle (R) et vitu (A), traité de droit, Paris, 1973, no. 536, p. 603.

(6)Bouloc, repertoire de droit pénal et de procedure pénalé, 3 éd, 1990, P.1 vouin, no. 297, P. 362 .

جـــريمة سواء تمثل ذلك فى صورة فعل أو امتناع ، وتبدو رجاحة هذا التعريف فى شموله صور الإكراه وتعدد مصادره كما سيأتى تفصيلا.

١١ـ لدى القضاء :

تعددت تعريفات محكمة النقض للإكراه على النحو التالى :-

١٢ـ (أولا) فى جريمة السرقة :

ففـــى جريمة السرقة عرفته بأنه " ... كل وسيلة قسرية تقع على الأشخاص لتعطـــيل قوة المقاومة أو إعدامها عندهم تسهيلا للسرقة سواء كانت هذه الوسيلة من وســـائل الماديـــة التى تقع مباشرة على جسم المجنى عليه أو كانت تهديداً باستعمال سلاح ... " (١) .

وفـــى حكم ثان " ... يتحقق الإكراه فى السرقة بكل وسيلة من شأنها تعطيل مقاومة المجنى عليه كما يصح أن تكون بالتهديد باستعمال سلاح ... " (٢)

وفـــى أحكـــام أخـــرى قضت بأنه " ... وإن كان القانون لم ينص فى باب الـــسرقة بالمادة ٣١٤ على التهديد باستعمال السلاح وعلى عده بمنزلة الإكراه كما فعـــل فى بعض المواد الأخرى ، إلا إنه مادام التهديد باستعمال السلاح هو فى ذاته ضربا من ضروب الإكراه لأن شأنه شأن الإكراه تماماً من حيث إضعاف المقاومة وتـــسهيل الـــسرقة ومـــادام القانون لم يخصه بالذكر فى المواد التى ذكره فيها مع الإكراه إلا لمناسبة ما اقتضاه مقام التحدث عن وجود السلاح مع الجانيين ولم يقصد التفـــرقة بيـــنه وبـــين الإكراه بل قصد التسوية بينهما فى الحكم فلا محل للقول بأن الإكراه لا يكون إلا باعتداء مادى وإنه لا يكفى فيه التهديد باستعمال السلاح فإن هذا الـــتهديد لا يقل تأثيره عن تأثير الإعتداء المادى وعلة تشديد العقوبة متوفرة فيه كما هى متوفرة فى الإعتداء المادى (٣) وقد أضطرد قضاءها على ذلك (١) .

---

(١) نقض ١٩٠٥/١/١٤ المجموعة الرسمية ، س٦ ، رقم ٧٢ ، ص ١٠٥ – نقض ١٩٦٠/٢/٢٩ أحكـــام النقض ، س١١ رقم ٣٤ ، ص١٨١ – نقض ١٩٦٢/١١/٢٦ ، س١٣ ، رقم ١٨٨ ، ص٧٧٠ ، – نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ ، س٣٥ ، رقم ٤٢ ، ص٢٠٥ – نقض ١٩٩٦/٣/٧ ، س ٤٧ ، رقم ٤٨ ، ص ٣٣٧ .

(٢) نقـــض ١٩٣٠/١/٢ مجمـــوعة القـــواعد القانونية ، جـــ١ ، رقم ٣٦٥ ، ص٤١٥ – نقض ١٩٧٩/٤/١ ، أحكام النقض ، س٣٠ ، رقم ٨٦ ، ص٤١١ .

(١) نقض ١٩٤٣/٥/٢٤ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـــ٦ ، رقم ١٩٧ ، ص٢٧٠.

(٢) نقض ١٩٥٢/١٠/٢٨ ، أحكام النقض ، س٤ ، رقم ٢٠ ، ص٤٧ – نقض ١/ ٤ /١٩٧٩ ، س٣٠ ، رقم ٨١ ، ص٤١١ – نقض ١٩٨٥/٢/٦ ، س٣٦ ، رقم ٣٤ ، ص٢١٤ – نقض ٩ /١٩٩٢/١١ ، س ٤٣ ، رقم ١٥٦ ، ص١٠١٤ .

ويتبين مما سبق إنه فى مجال السرقة فقد ساوت محكمة النقض (لتحقيق الإكراه) فيما بين التهديد باستعمال السلاح واعتبرته بمنزلة الإكراه وبين كل وسيلة قسرية تستعمل لغل يد المجنى عليه عن المقاومة والحيلولة بينه وبين منع الجانى من مقارفة جريمته [1] .

---

(١) وهذا القضاء يبدو محلا للنظر : حيث انقسم الفقه إزاء نص المادة – ٣١٤ عقوبات إلى اتجاهين :

أولا : يذهب إلى تأييد قضاء النقض والتسوية بين الإكراه المادى والتهديد باستعمال سلاح فى جناية السرقة بالإكراه لعدة اعتبارات :

أ) أن لفظ الإكراه جاء عاماً فى النص وهو فى عمومه يشمل نوعى الإكراه.

ب) أن التهديد باستعمال السلاح هو فى ذاته إكراه إذا يضعف مقاومة المجنى عليه ويسهل السرقة.

جـ) إذا كان المشرع فى جناية السطو (م/٣١٣) وجناية السرقة فى الطرق العمومية ووسائل النقل (م/٣١٥) وجناية سرقة أسلحة الجيش وذخيرته (م/٣١٦) قد سوى بين الإكراه والتهديد باستعمال السلاح فذلك لم يكن إلا لمناسبة ما اقتضاه مقام التحدث عن وجود سلاح مع الجناه... ومن المؤيدين... د/ مأمون سلامة ، قانون العقوبات "القسم الخاص" ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والأموال ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٣ ، الجزء الثانى ، ص٢٠٢ – د/ عبد العظيم وزير ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، جرائم الاعتداء على الأموال ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص٢٣٤ ، د/ أحمد شوقى أبو خطوة ، قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ص١٣٥.

الاتجاه الثانى : وهو ما نؤيده والسائد فى مصر ويذهب إلى قصر الإكراه على استعمال وسيلة القسر المادية فقط وذلك لعدة اعتبارات :-

أ) الحجة الأول التى استمدت من إطلاق لفظ الإكراه فى القانون لا يمكن الأخذ بها لأن مؤداها اعتبار الإكراه المعنوى فى جميع صوره كافياً ليقوم به الطرف المشدد ، وهى نتيجة يجمع الفقه والقضاء على رفضها.

ب) القول بأن القانون قد سوى بين الإكراه واستعمال سلاح فى نصين من نصوصه فيتعين التسوية بينهما فى سائر نصوصه ليست حاسمة فى تدعيم هذا الرأى فقد يفسر إغفال نص الشارع على التهديد باستعمال السلاح فى المادة (٣١٤) من قانون العقوبات فى معنى قصده رفض المساواة بين التهديد والإكراه خلافاً لما اورده فى النصوص الأخرى.-

جـ) من ناحية أخرى المادة ٣٢٥ تنص على عقوبة سرقة الأوراق بالقوة أو التهديد ، كما أن المادة ٣٢٦ تنص على عقوبة سرقة النقود بالتهديد . ومن البديهى أن تخصيص نصوص لبيان العقوبة فى حالة التهديد يعنى أن التهديد شئ آخر غير الإكراه التى نصت عليه المادة ٣١٤ عقوبات – ومن ثم يكون حرص المشرع على إضافة التهديد باستعمال السلاح إلى الإكراه فى المادتين ٣١٣ ، ٣١٥ من قانون العقوبات يمكن ان يفسر فى معنى تقرير الشارع أن الإكراه لا يشمل على التهديد لانه لو كان يشمله لاكتفى به.

والتعليل الحقيقى لقضاء النقض ان عدم ذكر الشارع " التهديد باستعمال سلاح " فى المادة ٣١٤ عقوبات مع حرصه على ذكره فى المادتين ٣١٣ ، ٣١٥ من ذلك القانون هو نوع من السهو ، فيكون بذلك أدنى إلى الخطأ المادى فى النص ... من مؤيدى هذا الاتجاه : د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار نافع للطباعة والنشر ، ١٩٨٧ ، ص٩١٤ ، د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص٥٦ [illegible] د/ حسنين عبيد ، الوجيز فى قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ ، ص٢٠٠ – د/ عبد المهيمن بكر ، قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ ، ط ٧ ، ص٨١٧.

١٣ـ (ثانيا) : فى جريمة هتك العرض

فالقضاء قد استقر على أن ركن القوة فى جناية هتك العرض يكون متوفرا كلما كان الفعل لهذه الجناية قد وقع بغير رضاء من المجنى عليه سواء باستعمال المتهم فى سبيل تنفيذ مقصده وسائل القوة أو التهديد أو غير ذلك مما يؤثر فى المجنى عليه فيعدم الإرادة ويفقد المقاومة أو بمجرد مباغتة المجنى عليه وبانتهاز فرصة فقدانه شعوره واختياره إما لجنون أو لغيبوبة أو لأى سبب آخر فيتحقق الإكراه " عدم الرضا " ... بكل مؤثر يقع على المجنى عليه من شأنه أن يحرمه حرية الاختيار فى الرضاء وعدمه سواء إن كان هذا المؤثر آتياً من قبل الجانى كالتهديد والإسكار والتنويم المغناطيسى وما أشبهه أم كان ناشئاً عن حالة قائمة بالمجنى عليه كحالة النوم أو الإغماء او ما اشبه " (١).

وفى حكم آخر " ... مفاجأة المتهم للصبى المجنى عليه ومباغتته له على غير رضاه مكون لركن القوة والإكراه ... " (٢)

وفى حكم أخير يتحقق الإكراه " ... بكافة صور انعدام الرضا لدى المجنى عليه – تمامه – بكل وسيلة قسرية تقع على الأشخاص بقصد تعطيل قوة المقاومة عندهم سواء بوسائل مادية تقع على أجسامهم أو بالتهديد باستعمال سلاح " (٣)

١٤ـ أوجه الاختلاف بين الاكراه فى السرقة والإكراه فى جريمة هتك العرض:

مناط الاختلاف بين الإكراه فى السرقة والإكراه فى هتك العرض يتمثل فى درجة العنف. ففى جريمة السرقة الأمر يتطلب قدراً أكبر من العنف بطريقة ظاهرة

---

(١) نقض ١٩٢٨/١١/٢٢ مجموعة القواعد القانونية ، جـ١ رقم ١٦ ، ص٢٢ – نقض ١٩٣٦/١١/٢٣ ، جـ٤ ، رقم ١٦ ، ص١٨ – نقض ١٩٩٢/٢/١٨ ، أحكام النقض ، س ٤٣ ، رقم ٣٠ ، جـ٤ ، رقم ٤٣٥ ، ص٦٨٨.

(٢) نقض ١٩٣٥/٦/٣ مجموعة القواعد القانونية ، جـ٢ ، رقم ٣٨٥ ، ص٤٨٨ – نقض ١٩٤٢/٦/٢٢ ، جـ٤ ، رقم ٤٣٥ ، ص٦٨٨.

(٣) نقض ١٩٨٦/١٠/٢١ أحكام النقض ، س ٣٧ ، رقم ١٥٠ ، ص٧٨٣ – نقض ١٩٩١/١٢/٥ ، س٤٢ ، رقم١٧٨ ، ص ١٢٨٤ – نقض ١٩٩٣/١/١٧ ، س٤٤ ، رقم ٩ ، ص٨٦ – نقض ١٩٩٤/٤/١٩ ، س٥٤ ، رقم٨٨ ، ص٥٤١ – نقض ١٩٩٦/١٠/٩ ، س٤٣ ، رقم ١٣٧ ، ص٩٥١.

حـيث أن السرقة من شخص نائم لا تعتبر سرقة بإكراه إذ لم يقم السارق بأى عمل يعدم به مقاومة المجنى عليه.

كذلك لا يتوافر الإكراه بوقوف الجانى إلى جوار المجنى عليه النائم ولو كان ذلـك أثـناء السرقة بقصد تعطيل مقاومته إذا استيقظ كما لا يتوافر الإكراه بمجرد اختطاف الشئ المسروق من المجنى عليه وفراره به قبل تنبه قوة المقاومة عنده (1).

فى حين أن درجة العنف فى جريمة هتك العرض تتحقق ولو بدرجة يسيرة أى بالإكـراه بنوعيه أو بالغش أو الخداع أو المباغتة أو باستغلال فقد المجنى عليه للـشعور أو الاختيار إما لأسباب طبيعية كالنوم وإما بسبب مرض أو بسبب انعدام التمييز الراجع إلى صغر السن ومفاجأة المتهم المجنى عليها أثناء نومها وتقبيله إياها – وإمساكه بثدييها يتحقق به جناية هتك العرض بالقوة لما فى ذلك من مباغتة وعلى العموم فإن القول بتوافر الإكراه وقيام الصلة بينه وبين الجريمة المرتكبة من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع بعتبر معقب عليها مادام استخلصها مما ينتجها. (2)

---

(1) نقـض ١٩٢٩/١٠/١٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج١ ، رقم ٢٨٧ ، ص ٣٤٦ – نقض ١٩٧٥/١/١٢ ، أحكام النقض ، س ٢٦ ، رقم ٨ ، ص ٣٢

(2) نقـض ١٩٧٥/١١/٣٠ ، أحكـام النقض ، س٢٦ ، رقم ١٧٣ ، ص٧٨٦ – نقض ١٩٩٢/١١/٩ ، س٤٣ ، رقم١٥٦ ، ص١٠١٤ – نقض ١٩٩٦/٤/٨ ، س٤٧ ، رقم ٦٧ ، ص٤٧٩ – نقض ١٩٩٦/٥/٩ ، رقم ٨٤ ، ص٦٠٢ – نقض ١٩٩٧/١٠/٤ ، أحكام النقض ، س٤٨ ، رقم ١٥٠ ، ص١٠٠٩ .

المبحث الثانى
التطور التاريخى لفكرة الإكراه

١٥ـ تمهيد وتقسيم :

إن الدراســـة التاريخية لأى علم تمثل أهمية لا يمكن إنكارها. لأن لكل علم جذوراً يرتبط بها ماضيه بحاضره .

وفـــيما يتعلق بنظرية الإكراه فإنه يمكن إرجاعها للعالم الإنسانى فهى قديمة قدم العالم وأساس ذلك التنازع الخطير بين ما يمكن تسميته بغريزة حب البقاء وبين النصوص القانونية المفروضة على المجتمع. (١)

فالإنـــسان يحب الحياة بدافع غريزة حب البقاء لذلك فهو يعمل على الحفاظ علـــى حـــياته ومن ثم كان لابد أن يحصل على احتياجاته الضرورية ولو لجأ إلى الإكراه فى طلبها خاصة وأن الإنسان مدنى بطبعه فهو لا يستطيع أن يعيش بمعزل عن غيره (٢) .

وإذا وضعنا متطلبات هاتين الغريزتين حب البقاء وحب الاجتماع إلى جانب غريـــزة حب السيطرة والاستئثار إنطلاقا من أن الإنسان أنانى بطبعه لوجدنا أنه لا محال سيقع تعارض وصراع بين الأفراد.

ومن هذا المنطق نستطيع استبيان نظرية الإكراه.

ونحن فى دراستنا لتاريخ نظرية الإكراه تقتصر على ما أمكننا الرجوع إليه من التشريعات القديمة وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : مرحلة القوة أو القضاء الخاص (ما قبل نشوء الدولة).
المطلب الثانى : الشرائع القديمة (ما بعد نشوء الدولة).
المطلب الثالث : الشريعة الإسلامية .

---

(1)Edauars towfik hazzan an, l'état de nécessité en droit pénal ,Thèse Paris, 1949, p.1

ومـــشار اليه ... د/ يوسف قاسم ، نظرية الضرورة فى الفقه الجنائى الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص١١ .

(٢) وقـــد عبـــر أرســـطو عن ذلك بأن الذى لا يستطيع أن يعيش فى الجماعة وليس له استغلال حاجـــات ... هو بهيمة أو آلة ... كتاب السياسة لأرسطو ... ترجمة أحمد لطفى السيد ، ص ٩٦ ... مـــشار الـــيه د/ عادل بسيونى ، الوجيز فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار الثقافة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص١١.

المطلب الأول
مرحلة القوة

١٦ـ تقسيم :

نتناول في هذا البحث ، دراسة الإكراه في مرحلة المجتمعات البدائية حيث القوة والانتقام الفردي ، ثم ننتقل إلى بدايات التوحيد وعدم الشرك وهي مرحلة الأحكام الإلهية حيث كان الإكراه هو وسيلة الإثبات على النحو التالي :

١٧ـ الإكراه في المجتمعات البدائية (١):

في هذه الحقبة من التاريخ القديم سادت فكرة الانتقام الخاص (Vengeance Privée) أي انتقام الفرد لنفسه بمفرده أو بمساعدة أسرته أو عشيرته – من المعتدى فرداً كان أم قبيله – ذلك بأن هذه الصورة هي التي تتلاءم مع الصورة البدائية للحياة البشرية حيث يعيش الناس قبائل أو عشائر متفرقة متنافرة لا يربطها نظام ولا يحكم علاقاتها ومنازعاتها قانون ، فإذا ما وقع اعتداء على قبيله أو أحد أفرادها لا مناص من أن يهب المعتدى عليه أو عشيرته فوراً أو بعد تدبير على البادئ بالعدوان وأفراد قبيلته – فالحكم كان للقوة العضلية أو الهيمنة وهذا الحكم هو ما نسميه شريعة الغاب.

وكانت الإجراءات الخاصة بإثبات الحق لم يكن لها ضابط بل كانت تتم وفقا لاقتناع تسيطر عليه سمات المجتمع البدائي وطباعه بعيداً عن قواعد المنطق وإدراك العقل (٢) .

ومع ذلك فالصورة التي صورناها لحياة الناس في الطور البدائي لا تخلو بتاتاً من كل آثر ونواه لفكرة العقاب لأن حق العقاب يباشره رئيس القبيلة باسمها ضد المعتدى من أفرادها ذلك بأن طبيعة نظام القبيلة يقتضي أن يكون لها بعض القواعد والمبادئ العرفية التي تسير عليها أفرادها تحت سلطة عميدها أو شيخها والتي إذا خولفت استحلت عندئذ استهجان الجميع وغضبهم واستوجبت بالتبعية إنزال العقاب بالمخالف للمعتدى (٣).

---

(١) يطلق على العصر الذي عاشت فيه هذه المجتمعات العصر الحجري القديم حيث كان الإنسان يتخذ أدواته من الحجر ويستعين بها في تسهيل سبل معيشته ... د/ محمود سلامة زناتي ، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٦ ، جـ١ ، ص١١٣ – د/ محمد السعيد مصطفى ، آثر الإكراه على الإرادة في المواد الجنائية " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص١٢.

(٢) د/ صوفي أبو طالب ، مبادئ تاريخ القانون – دار النهضة العربية ، ١٩٦٧ ، ص٥٥.

(٣) د / علي أحمد راشد ، مبادئ القانون الجنائي ، دار النهضة العربية ، ط٢ ، ١٩٧٤ ، ص٢٠

وبعد أن عرف الإنسان الزراعة وذاق طعم الاستقرار وهدأت نفسه واعتبر ذلك إنجازا صحيحاً يبرز هجر القوة والبعد عنها نظراً لما يؤدى اليه من حروب وصراعات هذا إذا – أضفنا إلى هذا العامل الاقتصادى عاملاً سياسياً لا يقل أهمية عن العامل الأول تمثل فى نفوذ رئيس الجماعة وفرض هذا النفوذ من خلال سلطاته على بقية أفراد الجماعة.

كل هذا مع الاقتناع بأن مساوئ القوة ومضارها أكثر من نفعها ، كل هذا أدى إلى تهذيب القوة وحصرها فى أضيق نطاق لذلك عرف الإنسان نظام التصالح كوسيلة لحقن الدماء وحصر دائرة الانتقام فى أضيق نطاق [1].

---

(١) القصاص (la lai de talion) حيث ينزل بالفاعل عقوبة تماثل الأذى الذى ألحقه بالمجنى عليه ، فهنا يتم التماثل بين فعل الاعتداء وفعل الانتقام ، ويعتبر نظام القصاص تطبيقا لمبدأ شخصية العقوبة وقد جاء بنص المادة – ١٥٦ من قانون حمورابي " العين بالعين والسن بالسن والصوب بالصوب والرجل بالرجل والمرأة بالمرأة والأبن بالأبن " وقد جاء القرآن الكريم قوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة يأولى الألباب) ... البقرة الآية – (١٧٩).

الدية (La composition) وهى تمثل قمة التطور بالنسبة لنظام التصالح وتقوم فلسفة نظام الدية على تعويض المضرور عما أصابه من ضرر ، إذ فيها معنى التعويض وتضميد لجراح أهل المجنى عليه هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تستهدف الدية افتداء الجاني نفسه ... د/ عادل بسيوني ، المرجع السابق ، ص٥٣.

د/ عمر الفاروق الحسينى ، علم الإجرام وعلم العقاب ، بدون جهة نشر ، ط٢ ، ٢٠٠٠ ، ص٤٦٧.

هذا وقد استحدث المشرع نص ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ نظام التصالح فى الدعوى الجنائية وذلك فى نصين هما المادة ١٨ مكررا ، ١٨ مكررا (أ) فنص فى المادة الأولى على حق المتهم فى التصالح دون توقف على قبول المجنى عليه ونص في المادة الثانية على حقه فى التصالح مع المجنى عليه وبين أثر كل من الإجراءين وقد عللت لجنة الشئون الدستورية والتشريعية بمجلس الشعب فى تقريرها بالتعديل المتمثل فى استحداث النصين المشار اليها انه قد بنى – علي ما ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون – علي نطاق التصالح في جرائم المخالفات وبعض الجنح ، وأجاز ، الصلح بين المتهم والمجنى عليه فى البعض الآخر كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الإدعاء المباشر ولا أثر للصلح علي حقوق المضرور من الجريمة ... د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، الصلح الجنائي " دراسة مقارنة " دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ ، ص١٧ – د/ عبد الحميد الشوربى ، المستشار/ عز الدين الدناصورى ، التعليق على القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ ، بدون جهة نشر ، ص٦ .

وقد عرف التشريع الفرنسي نظام التصالح بموجب القانون الصادر فى ٢ نوفمبر ١٩٤٥.

ثم نظم المشرع أحكامه بإدخال تعديل على قانون تحقيق الجنايات فى ١٩٥٢ حيث تناول المواد من ١٦٦– ١٧١ من قانون تحقيق الجنايات.

Le vasseur (G), le droit pénal économique, cour de docatrat, le caire 1960 – 1967, P. 260

وتوالت التشريعات الجنائية الخاصة التى تجيز التصالح ، من ذلك قانون الضرائب العامة (مادة ١٨٧٩) وقانون الجمارك لسنة ١٩٤٨ (المادة ٣٥٠) وقانون النقابات لسنة ١٩٨٥ (المادة ٥٣ (٢٠)

Stefani (G), Levasseur (G), Bouloc (B), procédure pénal, Dalloz, 13, éd. 1987, no. 137, P. 157, note (2).

وطبقا للقانون الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٧٠ بشأن إدمان المخدرات Toxicomanie وبموجب المادة ٦٢٨ – ١ من قانون الصحة العامة فإن سلطة الاتهام تملك الحق فى الاختيار بين رفع الدعوى الجنائية على من يثبت أدمانهم تعاطى المواد المخدرة وبين دعوتهم للخضوع لعلاج الإدمان ومتى قبلوا العلاج وتم إنجازه فلا يجوز رفع الدعوى الجنائية عليهم لأن قبولهم الخضوع للعلاج يعتبر صلحا يؤدى إلى انقضاء الدعوى الجنائية ضدهم. د / عزت الدسوقى ، قبول الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص٩٨ – ومشار اليها د / إبراهيم حامد طنطاوى ، مرجع سابق ، ص٩.

وبموجب المادة الأولى من القانون ١٥ – ٥ – ٩٩ أجاز المشرع للمتهم الحق فى طلب التصالح ويشترط فى ذلك أن يكون المتهم بالغا وأن يقر بارتكاب الجريمة ، وألا تكون الدعوى الجنائية قد حركت ضده بالفعل كما يتعين التزام المتهم بالوفاء بالالتزامات الواردة فى المادة ٤١ – ٢ من قانون الإجراءات الجنائية.

Borricand (J) et simon (A. M) , droit pénal, procédure pénalé, dalloz, 2 éd. 2000, p.235.

وكــان الإكراه هو وسيلة الإثبات للحصول على الدليل بصرف النظر عن ـرعية هذه الوسيلة فلم تكن هناك هيئات قضائية منظمة فى هذه الحقبة تتولى تحقيق ـأدلـــة أو الفصل فى النزاع بصفة عامة ومن ثم ثارت صعوبة تتعلق بكيفية التثبت ـن ارتكــاب الجانى فعلته – خصوصاً فى حالة عدم اعترافه – إلا أن الجماعات ـأولـــى قـــد تواضعت على وسائل معينة وأدلة إن جاز لنا استخدام هذا الاصطلاح ـفق مع فلسفة المجتمع الاجتماعية والفكرية فى ذلك الوقت وتتمثل فى :-

1. الإحتكام إلى مهارة الخصمين سواء فى ذلك المهارة الفنية فى الشعر أو الغناء كما كان عند الإغريق والرومان حيث كان صاحب الحق هو من يواصل الغناء ، إلقـــاء الشعر لمدة أطول ، الإحتكام للقوة العضلية للخصمين حيث كان الأمر يـــتم فى صورة عراك بين الخصمين أمام أفراد الجماعة أو يقتصر الأمر على مجرد الملاكمة أو المصارعة (١).
2. الاحتكام إلى المحنة (Ordalie) أى ابتلاء الشخص بموقف معين فإن نجا منه كـــان صاحب حق وإن لم ينج كان هو المذنب وذلك كوضع الطعام فى مكان مكـــشوف ومـــن تأكل الطيور طعامه يكون هو المخطئ أو أن يوضع كأسان أحدهما مسموم ومن يشرب من الكأس المسموم يكون هو المخطئ أو الإحتكام إلى المصادفة البحتة مثل مراقبة حركات بعض الحشرات او اتجاه الطيور فى طيرانها (٢).
3. الإحتكام إلى كاهن الجماعة : حيث أن الوسائل السابقة تعتمد إلى حد كبير على عامـــل الصدفة البحتة وبالتالى لم تكن تحقق العدالة بالقدر المطلوب ومن هنا ظهرت صورة ثالثة للتحكيم وهو الإحتكام إلى شخص ثالث غالباً ما كان يتمتع بمكان مرموقة فى جماعته - (٣).

---

(١) د / عادل بسيونى ، مرجع سابق ، ص٦١.

(٢) د/صـــوفى أبو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، ص٤٧ .

د/ عمر الفاروق الحسينى ، مرجع سابق ، ١٩٨٦ ، ص١٤.

(٣) د/ رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، منشأة المعارف ، ١٩٧٨ ، جـــ١ ، ص١٩.

ومن جماع هذا يتضح لنا بجلاء أن الإكراه فى هذه المرحلة كان يدور حول تحـــرى الحقيقة بقدر الإمكان بصرف النظر عن الوسيلة المستخدمة للوصول إليها وقد ظل هذا الاعتقاد سائداً حتى عهد غير بعيد وهو القرن التاسع عشر.

١٨ـ مرحلة الأحكام الإلهية:

بالـــرغم من أن الإنسان الأول آدم عليه السلام قد عرف التوحيد إلا إنه مع انتـــشار ذريته فى بقاع الأرض فإنهم قد نسوا كثيراً من أوامر الله ونواهيه مما أدى إلـــى انتشار الفساد والإنحراف وظهور رجال الدين حيث كانوا وسطاء بين الأفراد والآلهـــة عن طريق ما يؤدونه لها من شعائر وطقوس وما يقدمونه لها من قرابين لاسترضائهم ، ومن هنا ظهرت قاعدة أن الصيغ والطقوس تنشئ الحق وتحميه [١]

واســـتندت العدالة فى هذه الحقبة على الكهنة الذين كانوا يقومون باستشارة الآلهة فى المسائل الجنائية وفى إحدى الوثائق يتهم أحد مشرفى معبد آمون فى طيبة بـــسرقة بعض الأشياء فتوضع الآلهة فى مركبة ويحمل إلى جهة خاصة فى المعبد وتـــدون عبارتان متناقضتان الأولى تحمل " يا أمون رع يقال عن تحتمس هذا انه يحـــوز الأشـــياء المفقودة ". ويسأل الإله عما إذا كان يريد أن يفصل فى الموضوع فيجيب بنعم وعندما توضع العبارتان أمامه يشير آمون مرتين إلى تلك التى تضمن براءة المتهم [٢] .

وفى حالة ما إذا كان المتهم غير معروف وجئ به وسط آخرين مشتبه فيهم يقدمـــون جميعاً إلى الإله الذى يشير بيده نحو الجانى وأن يسمع صوتا ينبه بأن هذا هـــو الـــسارق وكانت هذه الطريقة تتم باختفاء أحد الكهنة خلف التمثال ليأتى بهذه

---

(١) وكان رغم الطبيعة الإلهية لفرعون يجعله مصدراً سماويا للتشريع فهو يقول القانون وينهض بين الناس بإقامة العدل من حيث هو آمين آلهته والقائم باسمها على تحقيقه.
وإذا كان على فرعون أن يقيم حكمه على العدل وأن يقيمه بين الناس فى منازعاتهم ولكن هذا لا يمكـــن إطلاقه فى مجتمع يكثر فيه الناس وتكثر فيه مشكلاتهم وإذن كان طبيعيا أن يقتصر فـــرعون على التوجيه والإشراف وأن يكل إلى وزير رئاسة القضاء ، والوزير كان يرأس ما كـــان يعرف بمحكمة الفرق الست العليا وكان يرأس كل غرفة منها حاكم رفيع الدرجة وكان أعـــضاؤها يعرفون برؤساء أسرار الأحكام "Chefs des secrets des Jugements" ...
د/ محمود سلامة زناتى ، موجز تاريخ القانون المصرى ، بدون تاريخ نشر ، سنة ١٩٨٦ ، ص٧٩.
د/ محمـــد بدر ، تاريخ القانون الفرعونى ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س١٩ ، سنة ١٩٧٧ ، ع ٢ ، ١ ، ص١٣٧.
(٢) د / فتحى المرصفاوى ، تاريخ القانون المصرى ، دار الفكر العربى ، ١٩٧٨ ، ص١٧٢ .

لأصــوات والحــركات ويــتم الفصل فى الخصومة الجنائية بتلك الوسائل المشوبة الــسحر والخــداع وهــذه الطريقة قد يحالفها الصواب فيحدد الجانى وقد يظلم فيه يحكــم عليه على الرغم من كونه بريئاً بيد أنه فى كثير من الأحيان يكون لجلالة لموقف وقدسية المكان من الأثر ما يحمله على الإعتراف بالجريمة المنسوبة إليه (١)

وفى قضية نهب المقابر الملكية فى عهد رمسيس التاسع أمرت لجنة التحقيق لتى شكلت من الوزير واثنين من القضاة بضرب كبير اللصوص وفعلاً بعد تكرار الضرب اعترف على باقى المتهمين (٢).

وهكــذا يتــضح لنا دور الإكراه فى هذه المرحلة حيث كان مقصوراً على إثــبات الدلــيل بغــض النظــر عن مشروعية الوسيلة من تعذيب وضرب لإنتزاع الإعتراف إعمالاً للقاعدة السائدة أن الصيغ والطقوس تنشئ الحق وتحميه.

---

(١) د/ عــبد الحافظ عبد الهادى ، الإثبات الجنائى بالقرائن ، رسالة دكتوراه " حقوق القاهرة " ، ١٩٨٩ ، ص٢٠.

(٢) د / بهاء الدين إبراهيم محمود ، وسائل البحث والتحقيق عند الفراعنة ، مجلة الأمن العام ، س٧ ، ١٩٦٤ ، ع٢٦ ، ص٨٢.

ويروى ديودور الصقلى رواية غريبة لم يؤيده فيها أحد من البحاث عن السرقة عند الفراعنة ، فقد ذكــر أن القانون لم يكن على الأقل فى وقت من الأوقات – ينظر إليها كعمل مشين مستحق العقــاب ، بــل كــان ينظم " حرفة السرقة " فيوجب على السارق أن يقيد اسمه عند " شيخ اللــصوص " وبعد كل حادثة سطو يسلمه ما حصل عليه منها ويعطيه بيانات كافية عن زمان السطو ومكانه . وكان للمجنى عليه دائما أن يسترد ماله المسلوب إذا قدم إلى شيخ اللصوص الأمارات الكافية على ملكيته له ويشرط أن يدفع له إتاوة تعادل ربع قيمته.

وهذه الرواية يستبعد صحتها تماما جمهور المؤرخين وتنقصها شواهد جمة منها انه من غير المتــصور أن يــتهاون الشارع فى السرقة وفى نفس الوقت يعلق على الملكية الفردية أهمية قصوى ويحيطها مع الحيازة بضمانات عديدة كما يفعل الشارع المصرى ، ثم انه كان صارما فــى اتــباع مبادئ الأمانة إلى حد إلزام رب كل أسرة بأن يقدم سنويا إقرارا منفصلاً بوسائل عيــشه حتــى يقمع بشدة كل كسب غير شريف. ثم كيف يقبل نظاما كهذا شارع لم يقرأ أبدا قانون الأقوى فى أية صورة من الصور ؟

وأوراق البــردى زاخــرة بالمحاكمــات عــن الــسرقات وكانت العقوبات قاسية إلى حد أن هيــرودوت يــروى انه سمع من كهنة عين شمس قصة من لص قبض عليه متلبسا بأمر من الملك فكان اللص يطالبهم بقطع رأسه قبل أن تقع عليه عين الملك.

وكــذلك فإنــه مــن غير المتصور أن السرقة التى تحرمها الشرائع قديمها وحديثها يمكن أن يتهاون فى تحريمها فى أى وقت من الأوقات تشريع صارم أملته أخلاق أشد صرامة.

كل هذا يحمل على الاعتقاد بخطأ الرواية التى رواها ديودور وإنما ما مصدر هذا الخطأ ؟ ...

يعــتقد العلامــة دى بو (De paux) أن ديودور اعتبر قانونا مصريا مجرد اتفاق ربما عقد مع بعض الرحل الذين كانوا يسطون على قوافل المسافرين وأحياناً على القرى النائية رغم قسوة التشريع ... د/ رؤوف عبد ، بحث فى القانون الجنائى عند الفراعنة ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد الأول ، ع٣ ، ص٦٥.

المطلب الثانى
مرحلة الشرائع القديمة

١٩ـ قانون مانو (١) :

ويتضمن هذا القانون بعض الحالات التى يمكن اعتبارها تطبيقاً لنظرية الإكراه ومن هذه الحالات :

أ) البرهمى الذى تمضى عليه ست وجبات أو ثلاثة أيام دون أن يأكل شيئاً عليه عند الوجبة السادسة أو فى صباح اليوم الرابع أن يأخذ الشئ الذى يأكل منه أثناء الرحلة دون أن يهتم باليوم التالي.

وظاهر أن النص يفترض أن البرهمي إذا كان فى حالة سفر وقد نفد طعامه أو فقده وظل ثلاثة أيام بلا طعام فإنه يأخذ من طعام الغير القدر الذى يأكل منه بشرط أن يأخذ ما يسد حاجته فى هذا اليوم فقط دون أن يهتم باليوم التالى وأن الملك العادل لا يوقع أى غرامة على هذا الرجل الذى يسرق ما يكون ضرورياً لإنقاذ حياته (٢).

---

(١) يعتبر هذا القانون من الآثار القانونية القديمة حيث يرجع تاريخه إلى ١٢٨٠ ق. م وهو قانون دينى يقال أن مانو تلقاه من براهما لينظم حياة المجتمع الهندى كله وهو يتكون من مجموعة من الآثار القانونية القديمة التى صيغت فى أبيات من الشعر يصل إلى ٢٦٨٥ بيتاً ويقوم فى الوقت ذاته على طبيعة المجتمع الهندى وقد تزمت فى ذلك إلى أبعد الحدود – حيث قسم المجتمع الهندى إلى طبقات أربع : البراهمة وهو الصفوة – والكشاترية ثم الفيزيا وأخيراً الشوادر.
وتختلف العقوبة التى تطبق على الجانى باختلاف طبقته وطبقة المجنى عليه.
د / أحمد محمد خليفة ، النظرية العامة للتجريم ، رسالة دكتوراة حقوق القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص٦٨.

(2) Edouars tawfik hazzan, Op . Cit, P.3 .

د / يوسف قاسم ، المرجع السابق ، ص١٣.

ب) إذا توقفت حياة البرهمي على تغيير في مضمون الشهادة أمام القضاء فإن ذلك يعتبر من حالات الإكراه التي تبرر هذا التغير من أجل إنقاذ حياة البرهمي (٣)

ويتبين من هذا أن الإكراه كان في القانون الهندي القديم محدوداً من حيث درجة الاضطرار إزاء الفعل المرتكب وجعله في حكم المباح.

٢٠ـ القانون الروماني :

يعتبر القانون أخص خصائص الروح الرومانية وأبقى مظهر من مظاهرها، وهو أساس التاريخ الروماني وجوهره .

ويقصد بالقانون الروماني مجموعة القواعد والنظم القانونية التي كانت تطبق في الدول الرومانية وفي البلاد التي ضمتها اليها وذلك منذ نشأة روما عام ٧٤٥ ق. م إلى وفاة الإمبراطور جوستيان عام ٥٦٥ م (١) ، وكان الرومان مثل الإغريق يفرقون بين المواطن (Le citoyen) من جهة والعبد (L'esclave) من جهة أخرى وبينما لم يكن الأول يقع تحت وطأة التعذيب فإن الثاني – وهو محروم من كل هوية مدنية ليس إلا مجرد شئ مملوك لسيده وكانت هذه السطوة من السيد على العبد مظهراً من مظاهر ملكية الأول للثاني ، وهو أمر مشروع ومن ثم فإنها بمنأى من أية قيود أو ضوابط (٢) وكان يمكن الاستشهاد بالعبيد في الدعاوى الجنائية والمدنية على السواء ، ولكن كيف كان يتم ذلك والفرض هو أن العبد شئ من الأشياء ، بينما يجب أن يكون الشاهد مقنعاً لمن يستمع اليه وهذا يتطلب أن يكون الشاهد ذا مكانة أدبية معينة لا يرقى إليها العبد أبداً ؟ كذلك فإن الشهادة تتطلب حلف اليمين ، والرجل الحر فقط هو الذي يملك ذلك. وكان حل هذه المشكلة لدى الرومان يكمن في استخدام الإكراه المادي ضد العبد الذي يدلي بشهادته أمام المحكمة اعتقاداً بأن العنف المصحوب بالعذاب أو الألم هو الذي يظهر شهادة العبد ويرفعها الى

---

(1) Marchand, L'etat de nécessité en droit pénal, Geneeve, 1901, P. 101. Edauars tawfik , op, cit – p. 4.

(٢) د / محمد الحبيب محمد أمين السمالوطي ، محاضرات في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، بدون جهة نشر ، ٢٠٠٣ ، ص٢٣٥.

(3)Lauret (J.C.) et Lasierra, (R) , La torture et les pouvoirs, Paris , 1973, p. 55.

المستوى المطلوب [1].

وفـــى العصور الوسطى كان يتم تعريض المتهم لبعض الاختبارات العسيرة انتظاراً لبيان "حكم الله" فى شأنه كأن تقيد يد المتهم اليمنى إلى قدمه اليسرى ثم يلقى بـــه نحو الماء فإذا غرق المتهم كان هذا دليلاً على إدانته أما إن طفى على السطح رغـــم ذلـــك فهو برئ وقد أنقذه الله لبراءته كذلك فقد كان المتهم يعرض على النار وكانت العقيدة السائدة هى النار لا تحرق بريئاً [2].

ثـــم تلقت سياسة التعذيب دفعة أخرى قوية على يد البابا " ألكسندر الرابع " الـــذى أطلـــق فى ٢٧ أبريل سنة ١٢٦٠ ميلادية سلطات رجال التحقيق فى تعذيب المتهمـــين واقتـــرن ذلـــك سلطة القضاة المطلقة فى الحبس رهن التحقيق دون أية ضوابط سوى إرادة القاضى وكان طبيعيا أن يلجأ إلى هذه الوسيلة كطريقة للضغط على المتهمين بغية انتزاع الإعتراف منهم [3].

وممـــا سبق يتضح لنا أن الإكراه كان هو الأساس فى الحصول على الدليل حـــيث كـــان يعتمد عليه اعتماداً كلياً فى الوصول إلى الإعتراف الذى كان هو سيد الأدلـــة فى تلك الحقبة وظل هكذا أيضا فى أوروبا فى العصور الوسطى حتى قيام الثورة الفرنسية.

٢١ـ القانون الكنسى :

المسيحية جاءت فى شكل مجموعة من المبادئ الأخلاقية ومن هنا وفى ظل الاضطهاد الذى تعرض له المسيحيون من قبل الرومان فقد أوجد آباء الكنيسة قانوناً خاصاً لأتباعهم استمدت قواعده من قواعد العدالة والقانون الطبيعى وقواعد القانون الرومانى بعد تعديله على نحو يتفق مع المبادئ الأخلاقية [4] .

---

(١) د/ عمر الفاروق الحسينى ، تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ، المطبعة العربية الحديثة ، ص١٩٨٦ ، ص١٢.

(٢) Lauret, OP, cit. P. 705.

(٣) وكـــان ارسطو نفسه يرى أن التعذيب أحسن الوسائل للحصول على الاعتراف ... د/ سامى الملا ، اعتراف المتهم، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس ، ١٩٦٨ ، ص١.

(٤) د/ عادل بسيونى ، المرجع السابق ، ص٢٢٢.

فقــد عملت الكنيسة على تهذيب فكرة الإكراه بما يتماشى مع طابع التسامح الروحى المسيحى فقد جاء فى إنجيل متى ما نصه (ثم انصرف من هناك وجاء إلى جمــيعهم وإذا إنــسان يــده يابسة فسألوه قائلين :هل يحل الابراء في السبوت لكي يــشتكوا علــيه فقال لهم : أي إنسان منكم يكون له خروف واحد فان سقط هذا فى السبت في حفرة أفما يمسكه ويقيمه فالإنسان كم هو أفضل من الخروف – إذن يحل فعــل الخيــر فــى الــسبوت – ثــم قــال للإنسان مد يدك فمدها فعادت صحيحة كالأخرى) [1].

وهذا تطبيق فكرة الإكراه فعلاج المرض أمر محتم لا سيما إذا كان مرضاً خطيراً فيكون علاجه من قبل الإنقاذ من الخطر وذلك على الرغم من مخالفة بعض النصوص.

ومن هذه التطبيقات أيضا ما جاء فى إنجيل متى " ... ومن ذلك الزمن كان يسوع ماراً فى مزرعة حنطه يوم السبت ولما حس بالجوع تلاميذه سمح لهم بقطع بعــض السنابل وبدأوا يأكلونها فشاهدهم جمع فتصدوا له قائلين انظر الى تلاميذك الذين يأتون الممنوع عمله يوم السبت فأجابهم يسوع – أما قرأتم ما فعله داود حين جاع هو والذين معه كيف دخل بيت الله وأكل خبز المقدمة الذى لم يحل أكله له ولا للذين معه بل للكهنة فقط " .

وهكذا نجد أن النصوص الواردة فى التعاليم المسيحية قد قبلت حالة الإكراه لإباحة بعض الأفعال التى تكون محرمة فى ظروف عادية.

---

(١) الكــتاب المقــدس ، العهــد الجديد انجيل متى ، الاصحاح الثانى عشر المواد من ٩ – ١٢ (الطبعة الأمريكانية – بيروت ١٩١٣ م)

المطلب الثالث
الإكراه فى الشريعة الإسلامية

٢٢- رفض الشريعة الإسلامية للإكراه :

جـاءت الـشريعة الإسـلامية بأدق الأحكام لنظرية الإكراه حيث أضاءت الطـريق للمتخـبط فهى منذ نزولها منذ خمس عشر قرناً ظلت كاملة وتأبى التبديل والتغير لأنها من عند الله سبحانه وتعالى ولا تبديل لكلماته لقوله عز وجل " لا تبديل لكلمـات الله " (١) وقوله سبحانه " ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شئ وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين " (٢).

وقـد عنى الشارع العظيم بالنص على تكريم الإنسان فى أكثر من موضع وبيان أنه كان دائماً وعلى مر العصور محلاً للتكريم من الله سبحانه وتعالى ولا أدل علـى ذلـك من أفراد سورة كاملة من القـرآن الكريم لحمـل اسمه وهى سـورة الإنسان التى يستهلها الحق تبارك وتعالى بقوله سبحانه " هل أتى على الإنسان حين مـن الدهـر لم يكن شيئا مذكوراً. إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سـميعاً بصيراً " (٣) وبقوله سبحانه وتعالى " ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا " (٤) .

ومبادئ الشريعة الإسلامية تشمل – فيما تشتمل عليه – الحق فى عدم إكراه المتهم على الشهادة ضد نفسه أو غيره ، والحق فى عدم القبض التعسفى أو الحبس أو التعذيب أو التصفية الجسدية (٥) .

---

(١) سورة يونس الآية (٦٤).
(٢) سورة النحل الآية (٨٩)
(٣) سورة الإنسان الآية (١)
(٤) سورة الإسراء الآية (٧٠)
(٥) أمـا باقى الحقوق التى ورد ذكرها فهى : أ) الحق فى افتراض البراءة ب) تطبيق مبدأ الشريعة
جـ) الحق فى محاكمة عادلة د) الحق فى اختيار مدافع عنه هـ) الحق فى الاستفادة من روح التسامح وأهداف الإصلاح وإعادة التكييف الاجتماعى عند اختيار العقوبة الواجب الحكم بها ... د/ عمر الفاروق ، مرجع سابق ، ص٢٨٠.

وفضلا عن ذلك فإن فى مبادئ الشريعة الإسلامية أيضاً ما يكفل المناخ الملائم لضمان حقوق الفرد وحرياته. ولعل من أول هذه المبادئ وأهميتها مبدأ المساواة المطلق أمام القانون تطبيقاً لقوله تعالى :- " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم. إن الله عليم خبير " (١) .

ومن القواعد الأساسية أيضاً فى الشريعة " ألا تزر وازرة وزر أخرى. وأن ليس للإنسان إلا ما سعى " (٢) فلا يسأل الإنسان إلا عن جناية ولا يؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به.

٢٣- أساس نظرية الإكراه فى الشريعة الإسلامية :

الشريعة الإسلامية لا تؤاخذ المكره ولا فاقد الإدراك لقوله تعالى " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه " (٣) ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"

والشريعة لا يثبت التكليف فيها إلا على من أوتى عقلاً كاملاً بأن كان بالغاً عاقلاً ورفع فيها الإثم عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولقد قال (ﷺ) " رفع القلم عن ثلاث عن الصغير حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق" ، فالشريعة تتجه فى تحمل التبعة ابتداء الى الناحية الأخلاقية التى تتصل وضمير من يرتكب أمراً فيه ما يضر المجتمع أو يلحق بأحد أجاره الأذى وأساس هذه التبعة حرية الاختيار والإرادة. (٤)

ولهذا تختلف أحكام الصغار باختلاف الأدوار التى يمر بها الإنسان من وقت ولادته الى الوقت الذى يستكمل فيه ملكة الإدراك والاختيار. حيث قسمت المراحل

---

(١) سورة الحجرات الآية (١٢) .

(٢) سورة النجم الآية (٣٧ ، ٣٨) .

(٣) سورة البقرة الآية (١٧٣) .

(٤) ذلك لأن الأخلاق لا تحكم على فعل بأنه شر إلا إذا توافرت عناصر ثلاثة هى الإدراك الصحيح ، وحرية الاختيار حرية كاملة ، والقصد الى النتائج التى تضر وتؤذى. فإذا تخلف عنصر من هذه العناصر لا يعد الشخص آثما... د/ محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى ، دار الفكر العربى ، بدون تاريخ نشر ، ص٤٢٧.

التى يجتازها الإنسان من يوم ولادته حتى بلوغه سن الرشد إلى ثلاث مراحل :-

الأول : مرحلة إنعدام الإدراك ويسمى فيها الصبى غير المميز.

الثانية : مرحلة الإدراك الضعيف ويسمى الإنسان فيها بالصبى المميز.

الثالثة : مرحلة الإدراك التام ويسمى فيها الإنسان بالبالغ الرشيد(١).

أمـــا الإرادة فهـــى القـــصد المـــريد المختار وتتطلب الشريعة الإرادة الآثمة لقيام المـــسئولية الجنائـــية إذ أن الأصـــل العام فى تحديد المسئولية الجنائية فى الشريعة اقتران الأعمـــال بالنيات لقول رسول الله (ﷺ) " إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل أمرئ ما نوى " ويقسم فقهاء الشريعة ما يقع فى النفس من قصد المعصية إلى خمس مراتب (٢) . الهاجس وهـــو مـــا يلقى فيها ، ثم جريانه فيها وهو الخاطر ، ثم حديث النفس وهو ما يقع فيها من التردد ، ثم ترجيح الفعل ، ثم العزم أى القصد والجزم به.

والهـــاجس لا يؤاخذ به إجماعاً لأنه ليس من فعله وإنما هو شئ كان قهراً علـــيه وما بعده من الخاطر وحديث النفس وأن قدر على دفعها مرفوعان بالحديث " إن الله تجاوز عن أمتى ما حدثت به نفسها وما لم تتكلم به أو تعمل ، ومن سعى فى حـــصول المعصية بجهده ثم عجز عنها فقد عمل بها"(٣) وهذه المراتب لا أجر فيها فى الحسنات لعدم القصد أما الهم فقد بين الحديث أنها بالحسنة يكتب حسنة وبالسيئة لا يكتب سيئة إلا إذا فعلها أما العزم فالمحقق أنه يؤاخذ به(٣)

---

(١) انعـــدام الإدراك : تـــبدأ هذه المرحلة بولادة الصبى وتنتهى ببلوغه السابعة اتفاقا ، وفى هذه المرحلة يعتبر الإدراك منعدما فى الصبى ومن ثم تنعدم المسئولية الجنائية.

مرحلة الإدراك الضعيف : وهى من سن السابعة حتى البلوغ وفى هذه المرحلة يسأل الإنسان مسئولية مخففة ، أى مسئولية تأديبية .

مرحلة الإدراك التام :

وتبدأ هذه المرحلة بلوغ الإنسان الخامسة عشر من عمره وفيها يسأل الفرد جنائياً عن الجرائم التـــى يـــرتكبها أيا كان نوعها ... الأستاذ / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى ، مقارنة بالقانون الوضعى ، " مكتبة دار التراث ، بدون تاريخ نشر ، جـــ١ ، ص٦٠٠ "

(٢) محمـــد بن علان الصديقى الشافعى ، دليل الفالحين لطرق ورياض الصالحين ، بدون تاريخ وجهة نشر ، جـــ١ ، ص٧٠.

(٣) زيـــن العابـــدين بـــن عبد الرحمن بن احمد ، جامع العلوم والحكم ، مطبعة نهضة مصر ، القاهرة، ١٤٠٦ هـــ ، ص٣٢٨.

(٣) د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٥٨.

٢٤- أنواع المكره فى الشريعة الإسلامية :

قسم الفقهاء المكره إلى نوعين هما الملجأ وغير الملجأ .

٢٥- (أولا) الملجـأ :

الملجأ هو من لا مندوحة له عما أكره عليه فلا يستطيع التحول عنه لفقدانه القدرة والإرادة وذلك كمن ألقى شخصاً من شاهق على شخص آخر بقصد قتله ، فإن الملقى مضطر إلى الوقوع على الشخص المقصود قتله ، فصار المكره فى هذه الحالة – آلة للمكره بكسر الراء – بوجهه فينتجه ويسمى المكره – بفتح الراء – حينئذ بالملجأ – والمكره الذى فقد القدرة والإرادة – الأصح أنه لا يجوز تكليفه بما ألجئ اليه ولا بنقيضه لعدم قدرته على ذلك ولا اختيار له فيما أكره على فعله(١)

٢٦- (ثانيا) غير الملجـأ :

غير الملجأ وهو الذي له مندوحة الصبر علي ما أكره به فإنه يجوز تكليفه علي الأصح ، وإليه ذهب أهل السنة ، فيصح تكلفه بالمكره عليه أو بنقيضه ، كمن أكره علي إخراج الزكاة ، فإنه يجوز تكليفه بإخراجها ، وكمن أكره علي قتل شخص ، فإنه يجوز تكليفه بترك قتله ، وإن أدى ذلك إلى قتله هو .

واستدلوا على ذلك : بأنه قادر على امتثال ذلك ، بأن يأتى المكره عليه فى الحالة الأولى – لدى الشرع لا للإكراه – وبأن يأتى النقيض فى الحالة الثانية صابراً على ما أكره به (٢) .

---

(١) د/ عبد الحميد ميهوب ، أصول الفقه ، دار الطباعة المحمدية ، ط٣ ، ١٩٨٨ ، ص١٧٤.

(٢) د/ عبد الحميد ميهوب ، التكليف الشرعى ، دار الكتاب الجامعى ، ط ١ ، ١٩٨٠ ، ص٨٤

... والنوع الذى لا يباح ولا يرخص بالإكراه أصلا هو قتل المسلم بغير حق سواء كان الإكراه ناقصا أو تاماً لأن قتل المسلم يعتبر حق لا يحتمل الإباحة ، فالمكره على القتل فإن كان الإكراه تاماً فلا قصاص عليه ولكن يعزر عند أبى حنيفة وإن كان الإكراه ناقصاً وجب القصاص على المكره بلا خلاف لأن الإكراه الناقص يسلب الاختيار أصلا فلا يمنع وجوب القصاص وكذلك لو كان المكره صبياً أو معتوها بفعل ما أمره به فالقصاص على المكره عند أبى حنيفة ...

الإمام / علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، مرجع سابق ، ص١٧٩.

٢٧ـ معيار الإكراه عند الفقهاء :-

الإكــراه لــه معياران . أولها مادى وهو عبارة عن المادة التى يتحقق بها الإكــراه من الحبس والخنق والضرب والغط فى الماء مع الوعيد والعند ونحو ذلك. فإنه يكون إكراها. (١)

والثانى : معيار نفسى – وهو عبارة عما يحدث فى النفس بسبب التهديد من التأثير والخوف . ولما كان الإكراه لا يمكن تحقيقه بغير ركنه وهو انعدام الرضا – فإن العلماء لم ينظروا إلى المادى فحسب ، بل أيضاً إلى المعيار النفسى وقالوا لابد مــن اعتــبار حدوث الخوف فى نفس المكره لأن ما يعد إكراها فى حق شخص لا يكون إكراهاً فى حق شخص آخر وما يعتبر إكراهاً بالليل قد لا يكون إكراهاً بالنهار وما يكون إكراهاً للأنثى لا يكون إكراهاً للذكر (٢)

والمعــيار النفسى هو ما يحدث فى النفس من خوف وتأثير إذا وجد وتحقق معه الإكراه . قال الزيلعى ، أن الإكراه يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم من لا يتــضرر إلا بــضربه بــسوط أو بعرك أذنه لا سيما فى ملأ من الناس أو بحضرة السلطان فيثبت فى حقه الإكراه لأن فيه هوانا وذلا أعظم من الألم(٣) .

ويتبــين من هنا أن الإكراه يحصل بكل ما يؤثر العاقل الإقدام عليه ويكون المكــره قادراً على تحقيق وعيده وأن يغلب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلى ما دعى إليه تحقق ما أوعد به ، وأن يكون هذا الظن مبنياً على أسباب معقولة.

وأن تحمــل التــبعة تقــوم على حرية الاختيار والإدراك الصحيح للنتائج والقصد منها(٤)

---

(١) السيد سابق ، فقه السنة ، الفتح للإعلام العربى – القاهرة – بدون تاريخ نشر ، جـ٤ ، ص ٢٥٤.

(٢) د / محمد أحمد مكين ، " مقالة " سبق الإشارة اليها ، ص٢١٢.

(٣) فخر الدين عثمان بن على الزيلعى ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، المطبعة الأميرية ، ط ١ ، ١٩١٠م ، جـ٥ ، ص١٨٤.

(٤) وســوف نتعرض لأنواع الإكراه وشروطه فى المبحث الثانى من الدراسة وكذا موقف الفقهاء بشيئا من التفصيل.

المبحث الثالث
الإكراه والمدارس الجنائية الكبرى

٢٨ـ تمهيد وتقسيم :

في مقدمة الأسباب التي تقف وراء تعدد وتنوع المدارس الجنائية يأتي تباين وجهات النظر في معالجة بعض القضايا الكبرى في هذا الصدد كأغراض العقاب والعلاقة بين المسئولية الجنائية من ناحية وحرية الإرادة من ناحية أخرى . وقد كان للإكراه بدوره نصيب متميز في إبراز ذاتية المدارس الجنائية المتعاقبة حيث كان لكل مدرسة طريقا خاصا في معالجته سواء من حيث ماهيته أم من حيث ضرورته كشرط لازم لقيام المسئولية الجنائية (١) .

فالبنيان القانوني للجريمة انقسم الفقه بصدده الى فريقين .

أولهما : يأخذ بالمفهوم المادى للجريمة ، وثانيهما يتبنى المفهوم الشخصي لها . فالجريمة تبعا للمفهوم المادى تتمثل في كل فعل مادى يحدث تغيرا في العالم الخارجي أو يحول دون ذلك التغير ويتحقق من خلال حركة بدنية أو تقاعس عن إتيانها فيكفي إذن لقيام جريمة القتل مثلا حدوث حركة عضوية أدت إلى الوفاة ولا ينظر بعد ذلك الى نفسية مرتكب الفعل فيستوى بعد ذلك أن يكون حر الإرادة أو مكرها(٢)

أما المفهوم الشخصي للجريمة فلا يرى فيها كياناً مادياً خالصاً وإنما ينبغي وفقاً لأنصاره أن يكون هذا الكيان صادراً عن إرادة حرة واعية وهكذا ينبغي تبعاً لهذا التحليل أن يمتد مفهوم الجريمة ليشمل الخصائص الشخصية لمرتكب الفعل المادى (٣).

---

(١) د/ أحمد عوض بلال، الاثم الجنائي" دراسة مقارنة "، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨، ص ٤٦

(٢) وهذا هو التحليل الذى ساد فى ألمانيا فى القرن التاسع عشر ولكنه لم يلق قبولاً لدى الفقهاء الفرنسيين فبظهور المسيحية أصبحت الخطيئة أساسا للعقاب واصبح الإسناد المادى ليس بكاف لقيام المسئولية الجنائية وتأيد هذا الاتجاه بقيام الثورة الفرنسية وظهور قانون نابليون سنة ١٨١٠ ومنذ ذلك الحين اصبحت المسئولية الجنائية قائمة على المسئولية المعنوية فإذا رأى القاضي ان المتهم عديم الإرادة فى وقت ارتكاب الجريمة كالمجنون او المكره مثلا وجب ان يقضى بالبراءة ... د/ محمد عمر مصطفى ، الجريمة وعدد اركانها ، مجلة القانون والاقتصاد ، مارس ١٩٦٦ ، ع١ ، ص ١٤٠ .

(٣) Merle et vitu ; op. Cit; pp. 559.

وفــي المــوازنة بــين هذين المفهومين يوجد المنهج التوفيقي ، فيبحث في الجــريمة أولا باعتبارها كيانا قانونيا مجردا ثم يتناولها كظاهرة اجتماعية من خلال شخص الجاني. وهذا هو المنهج السائد في الفقه الحديث(٢) .

ونلقي فيما يلي نظرة على كل هذه المدارس واتجاهاتها بالقدر الذي يوضح موقف كل منها من الإكراه وموضعه في البنيان القانوني للجريمة (٣) .

وعلى هذا سنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاث مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : الإكراه والمدرسة التقليدية

المطلب الثاني : الإكراه وحركة الدفاع الاجتماعي

المطلب الثالث : الإكراه والمدرسة التقليدية الحديثة المعاصرة.

---

(١) يلاحــظ انــه فــي داخل هذا المنهج يمكن التمييز بين منهجين تبعا لتحرر الركن المادي للجريمة من العناصــر المتصلة بشخص الجاني . فالمذهب الأول يجمع بين الفعل المادي والإرادة في اطار الركن المــادي للجــريمة امــا المذهب الثاني : فيجرد الركن المادي من كل عنصر انساني ويعتبره الركن الموضوعي في الجريمة بينما يعالج الركن المعنوي كل العناصر المتصلة بشخص المجرم بما في ذلك الإرادة – ويــسود المــذهب الأول الفقة الفرنسي بينما يسود المذهب الثاني الفقة الايطالي – د/ علي راشــد ، عــن الإرادة والعمــد الخطــأ والسببية في نطاق المسئولية الجنائية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س٨ ، ١٩٦٦ ، ع١ ، ص٥

(٢) يتــنازع الفكر الإنساني بصفة عامة تيارين الأول الفكر الميتافيزيقي وهو يتميز باتجاهه نحو المطلق (Absolu) ونحــو التجــريد (Abstraction) ، ويــندرج تحت هذا النوع من الفكر مدرستان هما الأخلاقــية المثالية والأخلاقية النفعية ، فعند أرسطو السلوك الإنساني يستلزم الإرادة ولكنه لا يستلزم حــرية الإرادة وتفريعا على ذلك ينتفي السلوك الإنساني متى كان راجعا إلى أسباب خارجة عن إرادة الفاعــل ، كــريح عاتيه تحمل شخص إلى مسافة بعيدة فيقع على آخر فيقتله ، وكمن يمسك بيد آخر بالقــوة ويوقــع بهــا على إيصال مزور على آخر تلك الأفعال والتي تعد من قبيل الإكراه المادي (contraint plysique) حكمهــا عــند أرســطو أنها لا تمثل (إثما) لأنها ليست من قبيل السلوك الإنساني.

أمــا لــو كانــت الأسباب الدافعة إلى السلوك خارجية (بالكلية) عن إرادة الفاعل كأن يكون بعضها خارجي والبعض الآخر يرجع إلى إرادة الفاعل ، فإن السلوك الإنساني قائم ، وبالتالي يقوم معه الأثم فــي حق مرتكب الفعل (كإلقاء الحمولة من السفينة عند حلول كارثة) فقد انتهى ارسطو أنها أفعال إرادية لأن فاعلها يأتيها وهو عالم بطبيعتها وهي في الوقت ذاته غير إرادية لأنه ليس هناك من يختار هذا العمل في الظروف العادية من تلقاء نفسه.

Williams : (Glanuile), Criminal low, The general part, 2. éd, 1961, p.11.

والذي يعنينا في هذا المقام هو انتساب سلوك الفاعل الى ارادته في حالتي الضرورة والإكراه فهذا يعد النواة التي قامت عليها النظرية النفسية (La théorie psychologique de la culpabitité) التي تــصور الأثم على انه محض علاقة نفسية تربط بين الفاعل والواقعة الإجرامية ، هذه العلاقة قوامها القصد الجنائي أو الخطأ ...

وهذا على خلاف النظرية المعيارية والتي تقوم على فكرة الإنسان العادي وليس المثالي.

د/ عمــر السعيد رمضان ، بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص٤.

التــيار الثانــي : الفكر الفلسفي وهو يسير باتجاهه نحو النسبية والتغير ويندرج تحت هذا النوع مدرستي الدياليكتــيك والوضعية كما سنرى ... د/ إبراهيم ذكي أخنوخ ، حالة الضرورة في قانون العقوبات ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص٣١.

المطلب الأول
الإكراه والمدرسة التقليدية

٢٩- المدرسة التقليدية الأولى :

كــان فيرى Ferri هو أول من أطلق اصطلاح المدرسة التقليدية على تلك الدراســات العلمية التى بدأها العالم الإيطالى شيزارى بكاريا عام ١٧٦٥ حيث كان النظام الجنائى لا يتجاوب مع الظروف المتغيرة للمجتمع ، فالعقوبات لا تتناسب مع جـسامة الجـرائم ، والقـضاة يتمتعون بسلطات غير محدودة والامتيازات الطبقية ســائدة، والتحكم المطلق للأمراء شريعة ونتيجة ذلك كان بالطبع هو زيادة هائلة فى الإجرام (١).

وقــد كان الفيلسوف الشاب " سيزارى بكاريا " باعتباره الأستاذ الأول للعلم الجنائى الحديث أو من أخرج كتابه الشهير فى الجرائم والعقوبات (Des delits et des peines) الــذى أحــدث بمجــرد صدوره ضجة كبرى فى كافة أنحاء أوروبــا والذى تضمن مطوية كاملة فى تحديد أساس حق العقاب ووظائف العقوبة ومــا يــستتبعه هــذا التحديد من صياغة المبادئ العامة التى يهتدى بها الشارع فى توجـيه سياســة التجــريم وسياسة العقاب فكان بذلك وراء نشأة المدرسة التقليدية الأولى(٢) .

ومن أهم الأفكار التى نادت بها هذه المدرسة والتى لها صلة مباشرة بموقف النظرية من الإكراه – افتراض حرية الإرادة فى حق الجميع ابتداء حتى ولو كانت من الناحية الفعلية منعدمة أو معيبة إلى حد بعيد. ومسئولية المتهم يقابلها بالضرورة

---

(١) د / على راشد ، د/ يسرى أنور على ، شرح النظرية العامة للقانون الجنائى ، دار النهضة العربية ، ط٢ ، ١٩٧٣ ، ص٣٤.

(٢) ومــن رجال هذه المدرسة " فويرباخ ، وبنتام " وقد اشتق بكاريا أهم هذه المبادئ من نظرية العقــد الاجتماعى التى نادى بها معاصره " جان جاك روسو " فمن هذه النظرية اشتق مبدأ " الشريعة النصية " بمعنى ضرورة النص مقدما على الجرائم والعقوبات أى الإنذار قبل توقيع العقــاب كذلك اشتق بكاريا من نظرية العقد الاجتماعى مبدأ " المصلحة الاجتماعية " كأساس لمشروعية حق العقاب الاجتماعى أى مشروعية التشريع العقابى ، د/ على أحمد راشد ، عن الدفاع الاجتماعى ، مجلة مصر المعاصرة ، س٥٧ ، ١٩٦٦ ، ع٣٢٦ ، ص١٧٥.

العقوبة التكفيرية (retributrice) فمن يخرق قاعدة قانونية جنائية سابقة الوجود يقبل مقدماً الخضوع للعقوبة المقررة لمجازاة خطئه والهادفة إلى إعادة الأمن القومى إلى حالته قبل أن يضطرب بوقوع الجريمة.

ويعتمد رد الفعل الاجتماعى إزاء المتهم فى هذه المدرسة على المسئولية الأخلاقية منظور إليها فى نفس الوقت كتعبير وكضمان للرابطة القانونية بين الفرد والمجتمع [١] ، بحيث تبدو الجريمة إنتهاكاً مدركاً وواعياً للقيم العامة الأخلاقية والقانونية [٢].

وتتخذ الإرادة الآثمة فى هذه النظرية صورتين رئيسيتين هما : القصد الجنائى والخطأ غير العمدى ، ويتمثل الأول فى توجيه الإرادة عن إدراك وعمد نحو اتيان الفعل المكون للجريمة والثانى فى حدوث نتيجة إجرامية على أثر نشاط الفاعل دون أن يتوقعها هذا الأخير فى حين أنه كان فى وسعه ومن واجبه أن يتوقعها. وسواء توافرت لدى المتهم هذه الصورة أم تلك ، فإن المتهم كان حر الإرادة قبل ارتكاب الجريمة إذ كان أمامه طريقا الخير والشر واضحين وقد اختار بينهما ، فإذا كان اختياره قد مال إلى جانب الشر فلا أقل من أن يتحمل مغبة اختياره [٣] .

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن المدرسة التقليدية تتصف بخصائص ثلاث رئيسية :

١) أن أساس حق العقاب هو المبدأ الأساسي أو النفعي المستمد من الضرورة الاجتماعية أي ضرورة محافظة الجماعة علي كيانها وصيانة أمنها ونظامها وبهذا المبدأ تتحدد وظيفة العقوبة.

---

(١) M. Ancel, Responsabilité et défense sociale, dans la responsabilité pénale, collogue detrasbourg VIII. Dalloz 1961, p.p. 356. et. ss

(٢) G. Gusort, une interpretation existenielle de la responsabilité pénalé, in la responsabilité pênal VIII Dalloz, 1961. Pp. 356 et. ss.

(٣) Merle et vitu, op. Cit, P. 55. Et ss

د / هشام فريد ، الدعائم الفلسفية للمسئولية الجنائية ، دار النهضة العربية ، ص٢٧٤.

٢) تعــتمد المدرســة التقلــيدية فــي سياستها علي ضوابط " مادية " أو " موضوعية " مصدرها هو طريقة أقطاب هذه المدرسة في تحليل المبدأ النفعي أو فكرة (المنفعة العامة) .

٣) وأخيــرا ،إذا كانت المدرسة التقليدية هي بصفة أساسية مدرسة نفعية وماديــة فــي المعانــي المــتقدمة ، فإن ذلك لا يعنى أنها تغفل المبدأ الأخلاقي بصفة مطلقة (١).

وقد وجهت لهذه النظرية عدة انتقادات تتمثل فى الآتى :-

١) أنهــا تقوم علي افتراض وجود إنسان عاقل كامل السيطرة علي أفعاله وهــو افتــراض مخالــف للحقــيقة أحيانا ، فالنظرية عالجت الإرادة الإجرامية بنظرة كلية فهى إما توجد كاملة وإما لا توجد على الإطلاق فطالما ارتكب الجانى الفعل الإجرامى فهو مذنب وفقاً لقاعدة افتراض حرية الإرادة ولهذا فهو مخطئ (٢) .

٢) ومــن ناحــية أخرى فإن النظرية تنادى بضرورة تناسب العقاب مع الخطــأ المرتكب ولكن من يستطيع بشرياً أن يدعى قدرته على إجراء ذلــك التناسب ، ومن ناحية أخرى تستند النظرية إلى العقوبة بغرض الــتخويف الجماعــى أو الــردع العــام وهنا تقع النظرية فى تناقض فالــتخويف الجماعــى مــوجه إلى المجرمين المحتملين وعندئذ تجد النظرية نفسها فى مأزق يصعب الخروج منه ، هل تقاس العقوبة تبعاً لدرجة الإرادة الإجرامية لدى مرتكب الجريمة أم بالنظر إلى مدى قوة العقــوبة فــى ردع المجرمين المحتملين ؟ فإذا كان المعيار هو الحل الأخيــر فمعنــى ذلك أننا نعاقب شخصاً ليس عن فعل من صنع يديه وإنما بالنظر إلى ما يحتمل أن يرتكبه آخرون من جرائم. ولا شك أن فى هذا مساساً بغرض العقوبة فى تحقيق العدالة(٣) .

---

(١) د/ علــي أحمــد راشد ، مبادئ القانون الجنائي ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ،ط ٢،١٩٥٠ جــ ١ ، بند ٥٥ ، ص٣٩ .

(٢) د/ هشام فريد ، مرجع سابق ، ص٢٣١.

(١) د/ أحمــد عــوض بــلال ، علم العقاب ، النظرية العامة والتطبيقات ، دار الثقافة العربية ، ١٩٨٤ ، ص١٠٣.

٣٠ـ المدرسة التقليدية الحديثة :

هذه المدرسة قد نشأت فى القرن الثامن عشر حيث أودع " كانت " نظرياته الأخلاقية فى مؤلفه (مبادئ ميتافيزيقا الأخلاق) عام ١٧٨٥ حيث تتلاقى مع الأمر المطلق والأمر المطلق يتميز بأنه غير مشروط فهو لا يبحث عن أية غاية حتى ولو كانت نبيلة ، فكل شر يجب أن يعاقب ولتأكيد فكرته يضرب "كانت " المثال الآتى : (إذا كان هناك شخص فى جزيرة محكوم عليه بالإعدام لإرتكاب جريمة ، واعتزم أهــل الجزيــرة مغادرتها نهائياً بحيث لن يبقى على أراضيها إلا الشخص المحكوم علــيه ، فــإن واجب أفراد الجزيرة يقضى عليهم بعدم مبارحتها إلا بعد تنفيذ حكم الإعدام لأن العدالة تقضى بذلك[1].

وبجانــب الأمر المطلق (العدالة المطلقة) توجد حرية الاختيار أى المقدرة علــى مقاومة البواعث الشريرة ولهذا فإن من يتمتع بتلك المقدرة تتوافر لديه حرية الاختيار ويسأل جنائياً ومن يفتقدها تنعدم لديه تلك الحرية وتنتفى مسئوليته [2] .

وقــد نظــر أنصار المدرسة التقليدية الحديثة إلى الإرادة الجنائية بحسبانها رابطــة نفسية بين إرادة المجرم وفعله الإجرامى ويكمن فى وجود خطأ أى إخلال بواجب.

وهكــذا احتلت الإرادة الآثمة ذات المضمون النفسى أهمية كبرى فى البناء القانونــى للمــسئولية الجنائية وعلى درجة الإرادة الإجرامية تتوقف درجة العقاب وليس على خطورة الجريمة أو جسامة الضرر الناجم عنها [3] .

---

(١) د / على راشد ، مرجع سابق ، ص٣٠.

Michaelcjerome, Wechsler (Herbert) (Criminal law and its adminstration, Chicago 1940, p.8

(٢) د/ على راشد ، مرجع سابق ، ص٤٤ ، د / أحمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص٥٥ .

(٣) د / هشام فريد ، مرجع سابق ، ص٣١٥.

ويتبين مما سبق أن هذه النظرية قد تفادت الطابع التجريبى ، واتخذت بدلا منه طابعا شخصيا جوهره ضرورة التناسب بين العقوبة من حيث جسامتها وطريقة تنفيذها من ناحية ، وشخصية المجرم من حيث مدى خطورة إرادته الإجرامية وبواعثه...

وهكذا سمحت الأفكار الجديدة بإعفاء المجرم من العقاب إذا عرض له سبب يـزيل لديه حرية الاختيار بالمفهوم الذى وضعه. وسمحت كذلك بإعفائه من العقاب إذا توافر فى حقه سبب ينتقص من تلك الحرية (١)

ومن الانتقادات الجوهرية التى وجهت إلى هذه المدرسة أنها أخذت بمفهوم غيـر محـدد لحرية الاختيار أو وفقا لأى معيار يمكن قياس مقدرة الشخص على مقاومـة الـبواعث الـشريرة ؟ ثم ألا يؤدى منطق هذه النظرية إلى التخفيف عن المجـرمين العائدين إلى الجريمة والمعتادين عليها ؟ نظراً لما هو معروف من أن المقدرة على مقاومة النوازع الإجرامية تضعف بقدر ما يألف المجرم سبيل الجريمة وهى نتيجة تصطدم ببديهيات السياسة الجنائية. (٢)

٣١ـ المدرسة الوضعية :

الفكر الوضعى هو الفكر الذى يستمد قيمته وفلسفته من واقع الحياة من هذا الوجود (العينى) وليس الوجود (الغيبى) وبهذه المقاييس يصح إطلاق اسم المدرسة الوضعية على كل فكر فلسفى ينبع من هذه القيم الواقعية(٣).

---

(١) Suetitus Reid, Crime and criminology, The Dryden press III – nois 1976. P. 114.

(٢) د / محمود نجيب حسنى ، علم العقاب ، دار النهضة العربية ، ط٣ ، ١٩٧٣ ، ص٨١.

(٣) وقـد نـشأت المدرسة الوضعية فى ايطاليا فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر على يد ثـلاث أقطـاب هم – (لومبروزر) والذى أصدر كتابه عن الإنسان المجرم سنة ١٨٧٦ ، ثم رجـل القـضاء (رافائيلـى جاروفانو) بمؤلفه فى علم الإجرام سنة ١٨٨٥ ، ثم الأستاذ (أنريكوفرى) بمؤلفه فى علم الاجتماع الجنائى سنة ١٨٨١ ذلك أن هؤلاء الأقطاب انتهجوا فى مـؤلفاتهم نهـج البحث العلمى التجريبى والاستقراء وذلك للكشف عن أسباب كارثة الإجرام فراحوا يدرسون ظاهرة الإجرام من خلال شخصية المجرم بالنظر الى تكوينه الخلقى والنفسى وظروف بيئته الاجتماعية وانتبهوا الى ان المجرم ينساق الى الجريمة مسيرا لا مختاراً وهذه هى الركيزة التى قامت عليها المدرسة الوضعية ...

د/ يسر أنور على ، ـ. آمال عبد الرحيم عثمان ، أصول علم الإجرام والعقاب ، بدون جهة نشر ، ط١ ، ١٩٩٥، بند ٢١ ، ص٣١.

د/ هشام محمد فريد ، أصول علم الإجرام والعقاب ، بدون جهة نشر ، ٢٠٠٣ ، ص٣ وما بعدها.

ونقطة بداية هذه المدرسة أن المجرم مسير وليس مخير فى ارتكاب جريمته لأنها نتيجة حتمية لقيام عوامل معينة فى شخص المجرم أو خارجه ، وبذا انحصرت هذه المدرسة فى مفهوم ضيـــق ينصرف إلى (لومبروزو) وتابعيـــه فى الاهتمـــام بالمجـــرم أكبر مما تعنى بالسلوك فى حد ذاته (١).

ومـــن الواضـــح أن مبدأ الحتمية الذى تعتنقه النظرية قد حدا بها إلى اتخاذ موقف من الإرادة يختلف تماماً عن نظيره الذى اخذت به المدرسة التقليدية بشقيها ، فالقانـــون بوضـــعه الحالى وأحكامه المستقرة ثمرة لفكرة فلسفية تقر سلوك الإنسان اســـتناداً إلـــى مـــسلمة حرية الإرادة والاختيار فهذه المسلمة حجر الزاوية فى بناء القانـــون العقابـــى بوضـــعه الحالى والأخذ بها مستبعد من حيث إمكان تطبيقها فى القانون العقابى المعاصر إذ أنها لا تصل إلى مرتبة القانون العلمى فهى مجرد تفسير غير مقطوع بصحته علمياً(٢).

ومن ناحية أخرى فإن النتيجة الحتمية للفرض الذى تقوم عليه المسئولية لهذا المذهب هو أن المجرمين من المجانين والذين لا يستطيعون التمييز لا يسألون عما يرتكبون من جرائم لأن أساس المسئولية الاجتماعية ضد خطر قد يحدث مستقبلاً (٣)

وهـــذا الفـــرض الوهمى من شأنه أن يؤدى إلى تنازع خطير من شأنه أن يحجب بين المفكرين والمشتغلين بالمسائل الجنائية وبين البحث عن الأسباب الحقيقة التى تدفع إلى الجريمة(٤).

---

(١) حـــيث يمكن التمييز بين خمسة أنماط من المجرمين . أ) المجرم المطبوع (بالفطرة) وهذا النوع يولد ومعه جرثومة الإجرام. ب) المجرم المجنون وهذا النوع فاقد للتمييز والإدراك. جــ) المجـــرم بالعادة وهذا النوع هو معتاد الإجرام. د) المجرم بالعاطفة وهذا النوع يمـــتاز بطابع مفرط من الحساسية والعاطفة تجعله سريع الأنفعال. هـ) المجرم بالصدفة أو العرضى وهو شخص مستقيم ولكن ظروف البيئة هى التى دفعته إلى ارتكاب الجريمة ... د/ رؤوف عبيد ، أصول علم الإجرام والعقاب ، دار الفكر العربى ، ١٩٨١ ، ص٧٩

(٢) د/ عبد المنعم القوصى ، المبادئ العلمية لدراسة الإجرام ، دار الفكر العربى ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٨.

(٣) د/ وجيه محمد خيال ، أثر الشذوذ العقلى والعصبى فى المسئولية الجنائية (رسالة دكتوراة) ، حقوق عين شمس ، ١٩٨٣ ، ص٥٤.

(٤) راجع فى أوجه النقد ... د / هشام محمد فريد ، مرجع سابق ، ص١١ وما بعدها.

وكـــان نتـــيجة لاتجاه المدرسة الوضعية الإيطالية أن اتجهت البحوث الى العـــناية بالمجـــرم ودراســـة العوامل التى أدت به الى التردى فى الجريمة لمحاولة التوصـــل الـــى استئـــصال هذه العوامل من أسسها وبالتالى أدى ذلك إلى اختلاف العقوبة بالنسبة لكل شخص وفقاً للعوامل التى دفعته إلى الجريمة وهى نزعة نسبية متغيـــرة لا شـــك فـــى ذلك. وظهور حركة الدفاع الاجتماعى والتى تعطى للسياسة الجنائية قدراً كافياً من المرونة والواقعية على نحو يمكن معه تلبية الحاجات الملحة للدفاع الاجتماعى(٥).

(١) Merle et vitu, op. Cit., p. 64.

المطلب الثانى
الإكراه وحركة الدفاع الاجتماعى (1)

٣٢ـ نشأتها وأتجاهها :

بدأت حركة الدفاع الاجتماعى فى الظهور منذ أواخر القرن التاسع عشر إلى أن نادى "Saleilles " فى عام ١٩٢٧ بوجوب تفريد العقاب(2). (L'individualisation de la peine) تبعا لحالة كل مجرم على حدة إلى أن أصبح من أنصار هذه الحركة المعاصرين المستشار مارك انسل ""mark Ancel والأستاذ جراماتيكا "Grammatica " وقد بين الأول اهتمامات حركة الدفاع الاجتماعى فى السياسة العقابية فاتضح أن أهداف العقوبة لا تقتصر فقط على الردع الخاص بها وتخويف المجرم من العودة إلى الجريمة بل يقتضى الأمر متابعته لمعرفة مدى خطورته الإجرامية ولمواجهة العوامل التى أدت إلى الإجرام والقضاء

---

(١) فى أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين اتجه الفقه الجنائى الى محاولة التوفيق بين المدارس الجنائية المتعارضة فنشأت على أثر ذلك مدرسة توفيقية تنادى بضرورة أن تقوم السياسة الجنائية على قدر كاف من المرونة يمكن معه تلبية الحاجات الملحة للدفاع الاجتماعى (سياسة جنائية جديدة فى مكافحة الإجرام) وقد تبلور هذا الاتجاه الأول للدفاع الاجتماعى فى عدة مدارس أهمها المدرسة الثالثة والمدرسة البرجماتية والاتحاد الدولى لقانون العقوبات – فالمدرسة الثالثة لم تعدل عن اعتناق مبدأ حتمية الظاهرة الإجرامية ولكنها كانت تؤمن بدور العقوبة فى تحقيق الردع العام. والمدرسة البرجماتية نادت بضرورة اخضاع النظام الوضعى للتجربة العلمية ثم الحكم له أو عليه بعد ذلك أما الاتحاد الدولى لقانون العقوبات يدور برنامجه على فكرتين (الأولى) هى ضرورة اتجاه القانون الجنائى نحو مكافحة الجريمة بوصفها ظاهرة اجتماعية (والثانية) هى ضرورة استعادة السياسية الجنائية من معطيات علم الإجرام وما يترتب على ذلك من ضرورة تصنيف المجرمين تصنيفاً علمياً تبنى عليه خطة تقرير المعاملة العقابية ...

انظر د / على راشد ، مرجع سابق ، ص٥٧ – د / أحمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص٦٥ .

(٢) د / احمد فتحى سرور ، نظرية الخطورة الإجرامية ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٦٦ ، ص٤٩١ ، د/ إبراهيم ذكى أضوح ، مرجع سابق ، ص٦٧.

علـــيها عـــن طـــريق التدابيـــر الاحترازية التى ترمى الى تأهيل المجرم اجتماعياً واســـتعادته إلى الدخول فى المجتمع بمختلف الوسائل العلاجية والتعليمية [1] فالذى يهم فى المقام الأول هو معرفة لماذا ارتكب المجرم الجريمة وما هى.

صورة تدبير الدفاع الاجتماعى الذى يضمن عدم عودته اليه وينبغى أن تفقد العقـــوبة مـــضمونها التقليدى باعتبارها إيلاما يواجه الإرادة الإجرامية – وهذا هو أساس المسئولية الأخلاقية[1].

ويتـــرتب على الأخذ بهذا المفهوم أن المسئولية الجنائية هى إدراك محدد أو رد فعـــل شامل للشخصية كلها فى مواجهة موقف معين وهى لا تظهر إلا فى إطار اجتماعـــى يـــندمج فيه الفرد وهذا ما اغفلته النظرية التقليدية ومن ناحية أخرى أن القـــصد الجنائي سوف لن ينفصل عن بواعثه فهذه الأخيرة هى القوة المحركة للفعل وهى التى تحدده.

بالإضـــافة الـــى كـــل ذلك لن يكون ثمة محل للتمييز بين العقوبة والتدابير الإحترازية وكل ما ينبغى أن يحظى بالعناية فى الجزاء الجديد الموحد والذى يتمثل فى تدبير دفاع اجتماعى هو اختيار صورة العلاج المناسب للمجرم على النحو الذى يتقبله المجتمع[٣]

---

(1) \ncel (M) , Defense sociale nouvelle., pohs 1954. P. 108 et s. p. 133 et s.
(2) M. Ancel, la defense social nouvella (2e éd), p. 130.
(٣) ويـــذهب أنـــصار الدفاع الاجتماعى الحديث إلا انه لابد ان يسبق الحكم فحص للمتهم وإعداد ملف عن حالته يوجه القاضى فى تقديره المعاملة الملائمة وملف شخصية المجرم (Dossiet de personalite) يتـــضافر علـــى إعداده مجموعة من الفنيين والخبراء فى دراسة السلوك الإنسانى كالأطباء وعلماء النفس والاجتماع والإجرام وغيرهم. ومن ثم يقر الدفاع الاجتماعى الجديد بأهمية دور العلوم التجريبية فى مجال الظاهرة الإجرامية ولكنه ليس النور الوحيد كما يراه الوضعيون بل يظل للطابع القانونى أهميته فيتمسك مارك أنسل بمبدأ الشرعية والإشراف القضائى على الإجراءات الجنائية حتى فى مرحلة التنفيذ العقابى ضماناً للحرية الفردية وعلى ذلك فلا يقر مارك انسل فرض تدابير للدفاع الاجتماعى سابقه على وقوع الجريمة كما لا يقر عقوبة الإعدام إن ظل للعقوبة دورها فى بعض الأحوال الخاصة ...
د / الـــسيد يـــس ، السياسة الجنائية المعاصرة (دراسة تحليلية لتطوير الدفاع الاجتماعى) ، دار الفكـــر العربـــى ، ١٩٧٣ ، ص١٢٥ – د / يسر أنور على ، د / أمال عبد الرحيم عثمان ، مرجع سابق ، ص٥٣.

المطلب الثالث
الإكراه والمدرسة التقليدية الحديثة المعاصرة
(النيوكلاسيكية المعاصرة)

٣٢ـ نشأتها واتجاهها :

ظهر في القرن الحالي اتجاه فكري في الفقه الجنائي يحاول إصلاح النظام الجنائي ككل بتقديم حلول لا تخرج عن الإطار العام للمبادئ التقليدية حتى انه يمكن القول انه في حقيقة تطوير وتحسين للحلول التقليدية على ضوء ما كشفت عنه التجربة منذ ظهور المدرسة التقليدية الأولى(١). وقد كان الفقيه الفرنسي " بول كوش P. Cuche " من أوائل الذين مهدوا الطريق أمام الاتجاه الجديد وهو الالتقاء مع حركة الدفاع الاجتماعي الحديث في ضرورة تفريد العقاب أثناء تنفيذه تبعا لشخصية المتهم. ومع ذلك فإنها لا تتفق مع حركة الدفاع الاجتماعي فيما يتعلق بوظيفة العقوبة حيث ترى وجوب احتفاظ هذه الأخيرة بدورها التقليدي في مجازاة الإرادة (٢)

ومن أهم الأفكار التي نادت بها هذه المدرسة والتي لها صلة مباشرة بموقف النظرية من الإكراه أن للمسئولية الجنائية مفهوماً ديناميكياً ومعقدا يتأثر بماضي المتهم بنفس القدر الذي يتأثر بمستقبله بمعنى أن ماضي المتهم ومستقبله والذي يتم وضعه في الاعتبار يوم ارتكاب الجريمة من خلال فكرة الإرادة الجنائية – هو الذي يبرر تدخل الدولة – وليس مبدأ حرية الاختيار التي ينبغي أن تكون أساس اختيار الجزاء الجنائي وتنتقد الحركة المعاصرة هذا حيث يضع المتهم نفسه تحت تصرف الإرادة العقابية المدة اللازمة لكي يحقق برنامج التأهيل أهدافه وعلى ذلك فلن يكون هناك ما يمنع القاضي من أن يحكم بعقوبة طويلة المدة مع الالتزام بالحد الأقصى المقرر قانوناً ومع إمكانية تقصيرها أثناء التنفيذ إذا تحققت أهدافها – بعفو أو إفراج تحت شرط (٣) وعليه فإن نطاق المسئولية الجنائية وفقاً لهذا الاتجاه يتطابق مع الإرادة الجنائية للشخص وإن كان نطاق هذا الأخير يتسع ويضيق تبعا للمذاهب الفكرية الجنائية القديمة منها والحديثة.

---

(١) د/ على راشد ، مرجع سابق ، ص٥٨ – د/ هشام فريد ، مرجع سابق ، ص٢٨٨.

(٢) د / أحمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص٧٦.

(3) Merle et vitu, op. Cit, Pp. 121 - 122

الفصل الثانى
الإكــــــراه المــــــادى

٢٤ـ تمهيد وتقسيم :

مــن المــبادئ الدستورية الثابتة أنه لا سبيل الى تحميل شخص بعينه تبعة واقعــة مــؤثمة جنائياً ما لم ترتبط هذه الواقعة بنشاط ذلك الشخص برابطة السببية الماديــة. ذلك لأن مساءلة الشخص عن واقعة مؤثمة جنائياً بغير إسنادها مادياً إلى نشاطه الإرادى بحسبانه السبب المباشر فى حدوثها يعنى المسئولية الجنائية إما عن فعــل الغير – كما لو كان هذا الغير قد أكره مادياً على إحداث الواقعة الإجرامية – وإما عما يقع بفعل القضاء والقدر ، إن كان مصدر الواقعة هو " القوة القاهرة" أو ما يجرى مجراها ولا دخل لإرادة المتهم فيما حدث [1].

ويتبين من هذا – أن للإرادة أهمية أساسية فى النظرية العامة للجريمة فهى وســيلة القانون إلى تحديد الشخص المسئول عن الفعل المرتكب وعن النتيجة التى تتــرتب علــيه وبغيرها لا قيام للجريمة كظاهرة قانونية مستكملة الأركان واعتبار

---

(١) الإســناد بصفة عامة هو فكرة مجردة توضح العلاقة بين واقعة ومصدرها وفى إطار القانون الجنائى توضح العلاقة بين الجريمة ومرتكبها فلا يمكن مساءلة شخص عن فعل إجرامى إلا إذا اسند اليه من الناحية المادية أى يمكن القول انه وليد ثمرة يديه أى ناشئ عن تصرفه أو بمعنى آخر ارتباط الفعل بمن صدر عنه ، ارتباط العلة بالمعلول والسبب بالمسبب وهذه العلاقة وحدها غير كافية لقيام المسئولية الجنائية بل لابد من وجود رابطة معنوية ... على نحو ما سيأتى فى الباب الأول من الرسالة ...

د / عبد الرحمن حسين على ، أثر الجهل أو الغلط فى القانون على المسئولية الجنائية ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص٩.

– وقــد نــص قانون العقوبات على سببين لامتناع المسئولية هما الغيبوبة الناشئة عن سكر غير اختــيارى والإكراه وحالة الضرورة ولكن ينبغى ناسياً على المبدأ ذاته التسليم بامتناع المسئولية فى سائر الحالات التى ثبت فيها إن إرادة المتهم لم تتجه الى الفعل الإجرامى إلا بسبب غلط ولد فى نفسه الاعتقاد بمشروعية فعله ولم يكن فى مقدوره أن يكشف غلطه.

– د/ عمــر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر ، ص٢٨٩.

الإرادة سببا للفعل وسيطرتها عليه فى جميع أجزائه قول يجمع عليه الفقهاء وينبنى على هذا الدور نفى صفة الفعل عن كل حركة عضوية تصدر عن شخص لا تسيطر إرادته على حركات جسمه[1] كما فى حالة الإكراه المادى .

وعلى هذا سنقسم الدراسة فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : الإكراه المادى وصوره

المبحث الثانى : شروط الإكراه المادى

---

(١) الإرادة نشاط نفسى يؤثر على العالم الخارجى وهى بذلك السبب النفسى للفعل الذى يأتيه الجانى وما يترتب عليه من آثار : فالعلاقة بين الإرادة والفعل علاقة سببية ...

د/ محمود نجيب حسنى ، النظرية العامة للقصد الجنائى ، دار النهضة العربية ، ط٣ ، ١٩٨٨ ، ص٢٥.

ويفرق الفقيه الفرنسى جارو بين مدلولين للإرادة :

الأول : الإرادة فى معنى الحرية أى حرية التصرف والحركة وهى بهذا المعنى أساس تجريم الواقعة المادية سواء فى الجرائم العمدية أو غير العمدية.

الثانى : الإرادة فى معنى الاختيار الإيجابى لنشاط مجرد أو لنتيجة محددة ينطبق كلاهما على وصف جريمة مما نص عليها القانون وهى بهذا المعنى ليست فى الحقيقة شيئاً آخر غير الحالة النفسية لدى الجانى الذى يعى حقيقة نشاطه الإجرامى أو يتمثل النتيجة الإجرامية التى يهدف اليها بهذا النشاط.

وتفترض الإرادة غاية تسعى اليها وفكرة تعمل على تحقيقها ومادة تسعى الى بعث الروح فيها وهى بهذا المعنى عبارة عن حلقة الاتصال بين الذات والموضوع.

... جارو : مشار اليه د / على احمد راشد ، عن الإرادة والعمد والخطأ فى نطاق المسئولية الجنائية ، مرجع سابق ، ص١١.

د / زكريا إبراهيم ، مشكلات فلسفية ، مشكلة الحرية ، مكتبة مصر ، ١٩٨١ ، ص١٤٦

ومشار اليه د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٥٣

المبحث الأول
الإكــــراه الـمـــادى
La contrainte physique

٣٥- مفهوم الإكراه المادى لدى الفقه :

تعددت تعريفات الفقهاء للإكراه المادى على النحو التالى :

يــرى البعض أنه الصورة المثلى لحالة غياب الإرادة لدى المكره وبالتالى غياب (العقل) الذى يمكن أن تقوم به الجريمة [1] فهو قوة إنسانية عنيفة ، مفاجئة أو غير مفاجئة تجعل من جسم الإنسان أداة لتحقيق حدث إجرامى معين بدون أن يكون بين هذا الحدث وبين نفسية صاحب الجسم أى اتصال إرادى [2]

ويــرى فــريق آخر أنها قوة مادية تدفع الفاعل إلى ارتكاب الفعل المكون للجــريمة دون أن يكون فى قدرته مقاومتها. فالإكراه يمحو الإرادة بحيث لا ينسب الفعــل إلى من صدر عنه وإنما ينسب الى القوة التى سخرته ، فإذا كانت هذه القوة إنــسانا نــسبت إلــيه الجريمة أما إذا كانت قوة غير بشرية فلا يكون هناك وجود للجريمة [3].

ويتبين مما سبق أن الفقه يميز بين صورتين لمصدر الإكراه إحداها يقصرها على القوة الإنسانية والآخر يتوسع فى مصدر هذه القوة لتشمل قوة الطبيعة أو فعل

---

(١) د/ جــلال ثــروت ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون تاريخ نشر ، بند ٤٢ ، ص٤٢٩.

(٢) د / رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، منشأة المعارف ، ١٩٦٥ ، ص٨١.
د/ عــبد العظــيم مرسى الوزير ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، ص٥٣٦.

(٣) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، دار النهضة العربية ، ط٦ ، بـند ٦٠٧ ، ص٥٥٨ ، د/فــوزية عــبد الستار ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، دار النهـضة العــربية ، ١٩٩٢ ، بند ٤٩٢ ، ص٥٤٢ ، د/حسنى الجندى ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) بدون جهة نشر ، ط١ ، ١٩٩٤ ، بند ٢٥٧ ، ص٢٩٠.

الحيوان أو غيرها(١).

ونحـــن من جانبنا نؤيد الاتجاه الثانى لأن العبرة هى بما يعترى الإرادة من عجـــز أو شل يؤدى لانعدام السببية فكل عارض يستهدف الإرادة إزاء موقف معين فيعطلها عن أداء وظيفتها ويدفع صاحبها دفعاً إلى إتيان عمل محظور أو يعجزه عن أداء عمل واجب فإنه يجعل الشخص فى حالة إكراه مادى.

٣٦- موقف الشريعة الإسلامية:

ويقابـــل ذلك فى الشريعة الإسلامية الإكراه التام أو الملجئ وهو الذى يعدم الرضـــا ويفـــسد الاختـــيار ، وهو ما خيف فيه تلف النفس أو عضو من الأعضاء كالـــتهديد بالقتل والتهديد بقطع عضو من الأعضاء والتهديد بضرب يؤدى إلى شئ مـــن هـــذا – وقد ألحق بعض العلماء بهذا – التهديد بإتلاف المال كله ، وهذا النوع يسمى إكراهاً تاما لأنه يجعل المكرَه فى يد المكرِه كالآلة فى يد الفاعل والسيف فى يد الضارب (٢).

ويـــرى بعـــض الفقهـــاء فى مذهب أحمد – ورأيهم مرجوح – أن الإكراه يقتـــضى شيئاً من العذاب مثل الضرب والخنق وعصر الساق وما أشبه وإن التوعد بالعذاب لا يكون كرهاً ، ويستدلون على ذلك بقصة عمار بن ياسر حيث أخذه الكفار فأرادوه على الشرك بالله فأبى عليهم ، فلما غطوه فى الماء حتى كادت روحه تزهق

---

(١) الإكـــراه المـــادى يمكن أن يكون مصدره خارجى كما يمكن أن يكون داخلى فيكون الاكراه خارجى عندما يرجع إلى قوة طبيعية مثل الصاعقة أو هزة أرضية أو قوة طبيعية كذوبان الجليد الـــذى يتجمع بصورة مفاجئة على الطريق ويتسبب فى انحراف السيارات ووقوع تصادمات ، وكذا راكب الدراجة الذى يصطدم أثناء السباق بأحد رجال الشرطة(Crim 5 januer 1957) ويكـــون داخلى عندما يرتبط بالجانى نفسه مثل الانفعالات والمذاهب الفلسفية والمعتقدات الدينية والأمراض كالمرض الذى يتسبب مثلا فى حدوث نوم عميق يؤدى إلى منع المسافر من النزول فى المحطة التى كان يقصدها.

Cass. Crim 19 Octobre 1922, DP, 1922, I, 233.

أو من يصاب بأزمة قلبية واجبر على الراحة التامة مما أدى الى ترك عمله

Cass. Crim ., 24 avr. 1937, D. H. 1937. 429

Desportes. Et le Gunehec, le Nouveau Droit Pénal, Cujas 6 éd, 2000. No. 663, P. 580.

(٢) محمد أبو زهيرة ، مرجع سابق ، ص٥٣٠.

أجابهم ما طلبوا فأنتهى اليه النبى – صلى الله عليه وسلم – وهو يبكى فجعل يمسح دموعه ويقول (اخذك المشركون فغطوك فى الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلت ، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم) [1] .

والـــضرب الذى يعد إكراها هو ما يسبب الألم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه وكل ذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع ذلك إليه ، فمـــا رأى أنـــه إكـــراه أبطل الإقرار به لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ، فالوجيه الذى يضيع الحبس من وجاهته قد يكون تأثير الحبس أو القيد يوماً فى حقه فـــوق تأثير حبس شهر فى حق غيره ، فلهذا لم تقدر قيمة شئ وجعلناه موكولاً إلى رأى القاضى ليبنى ذلك على حال من ابتلى[2].

أمـــا الـــنوع الثانى من الإكراه فهو الإكراه الناقص أو غير الملجئ وهو أن يكرهه بما لا يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه كالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فانه يعدم الرضا ولا يوجب الإلجاء ولا يفسد الاختيار . وهذا النوع مـــن الإكـــراه لا يؤثـــر إلا فـــى تـــصرف نحتاج فيه إلى الرضا كالبيع والإجارة والأقدار [3].

٣٧ـ الإكراه المادى والقوة القاهرة :

الإكـــراه المـــادى على النحو السابق هو قوة يتعذر مقاومتها تسخر المتهم

---

(٢) المبسوط جـ٢٤ ، ص٥١ - ، د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٦٧.

(٣) ويـــوجد نوع آخر محل خلاف وهو الذى لا يؤثر فى أصل الرضا أى لا يعدمه وهو التهديد بـــالأذى ينزل بأحد أصوله أو فروعه أو أحد أقاربه بما دون إتلاف النفس أو إتلاف العضو . فإن هذا الإتلاف يعد من النوع الأول أو الثانى ، أما التهديد بحبس أحد أبويه أو زوجه فهو من القسم الثالث وفى هذا النوع اختلاف ، أهو إكراه معتبر أم غير إكراه فقد جاء من المبسوط فى بـــاب الإكـــراه ما نصه (لو قيل له لتحبس أباك أو أبنك فى السجن أو لتبيعن عبدك هذا بألف ففعل ، ففى القياس البيع جائز لأن هذا ليس بإكراه وفى الاستحسان ذلك إكراه ولا ينفذ شئ من هـــذه التصرفات لأن الولد إذا كان بارا يسعى فى تخليص أبيه من السجن ، وإن كان يعلم انه حـــبس ربما يدخل السجن مختارا ويجلس مكان أبيه ليخرج أبوه ، فكما أن التهديد بالحبس فى حقه يعدم تمام الرضا فكذلك التهديد بحبس أبيه - ... لأمين أفندى افرام البستانى ، شرح قانون العقـــوبات المـــصرى ، مطـــبعة المحروسة ، ١٨٩٤ ، ص١٩٢ ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، جـ٩ ، ص١٧٥ ، محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص٥٦٤.

لارتكاب جريمة فهى فى تعبير آخر قوة قاهرة تنعدم بها إرادته [١] .

فالإكراه المادى والقوة القاهرة يعتبران مترادفان ولكن تخصص أحيانا دلالة الإكراه المادى فيقتصر على حالة ما إذا كانت القوة إنسانية أما سائر حالاتها كالقوة الطبيعية أو قوة الحيوان فيطلق عليها تعبير القوة القاهرة [٢] .

ولهــذا يــذهب الــبعض الى تعريف القوة القاهرة بأنها عامل طبيعى غير إنــسانى يتميــز بالعنف أكثر مما يتصف بالمفاجأة ، وسخر جسم الإنسان فى إنتاج حدث يعتبر إجرامياً لو كان الذى حققه إنسان [٣] .

ومن أمثلة القوة القاهرة الأمر بوضع رصيد الطاعن تحت التحفظ يوفر فى

---

(١) د/ فــوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٥٤٣ ، د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات (القسم العام) ، دار النهضة العربية ، ط٦ ، ١٩٩٦ ، بند ٣٤٥ ، ص٥١٢.

(٢) د/ محمد نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٨٠١.

(٣) د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص٨٠١ - ، د/ زنون الرجبو ، مرجع سابق ، ص١٥.

د/ محمــد على السالم عياد الحلبى ، شرح قانون العقوبات الأردنى (القسم العام) ، دارة ومكتبة بغدادى للنشر والتوزيع ، ط١ ، ١٩٩٣ ، ص٣٩٠.

-وقــد عرف أولبيان القوة القاهرة بأنها كل قوة لا يمكن مقاومتها ومن أمثلتها الحريق الناشئ عن الصواعق ، الزلازل ، الفيضانات .. الخ ومن أهم الأوصاف التى اهتم بها الفقه المصرى والفرنسى لتعريف القوة القاهرة :

١. الخارجــية (L'exteriorite) فالقــوة القاهرة فيما يقرره الدكتور محمد لبيب شنب هى " حادثة خارجية " لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدى مباشرة إلى حصول الضرر .

٢. المجهولــية : فالقــوة القاهــرة فيما يؤكد هنرى وليون وجان مازو هى واقعة مجهولة غير ممكن توقيعها ولا دفعها.

٣. عدم إمكان التوقع – فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه لم يكن قوة قاهرة.

٤. اســتحالة الدفــع : يجب أن تكون القوة القاهرة فيما يؤكد مارى ، حادثاً لا يمكن ولا يجب مقاومته أى بالجملة واقعة مستحيلة الدفع.

٥. استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة.

- Imposibilité absolue d'exécution de l'obligation.

-وتستوى أن تكون الاستحالة مطلقة أو نسبية.

-د/ محمد شتا أبو سعد ، مفهوم القوة القاهرة ، مجلة مصر المعاصرة ، س٧٤ ، ١٩٨٣، ع٣٩٣ ، ص٣٠٥.

صحيح القانون قوة قاهرة – من تاريخ سريانه – يترتب على قيامها انعدام مسئولية المتهم الجنائية عن الجريمة المنصوص عليها فى المادة – ٣٣٧ عقوبات [١] وسائق السيارة الذى لم يستطع أن يتخذ الاحتياطات الضرورية الخاصة كمصابيح الإضاءة أثناء سيره بسيارته ليلاً بسبب هبوب عاصفة خالف دون ذلك[٢] .

والشخص الذى وقع ضحية لعملية سرقة سياج مواشيه مما أدى إلى تركها طليقة[٣].

أو الإجراءات الإلزامية التى تتخذها الحكومة لمنع المرور فى الطريق بسبب حدوث عطل فى هذا الطريق [٤] .

ومن جماع ما تقدم يتبين أن القوة القاهرة قد يكون مصدرها فعل الطبيعة أو فعل حيوان أو إنسان أو إجراءات إلزامية تتخذ من قبل الحكومة دون أن تكون قاصرة على عامل الطبيعة فقط ويكون الإكراه المادى والقوة القاهرة وبحق تعبيرين مترادفين غير أن التمييز بينهما قائم من ناحية التخصيص فالإكراه المادى فى مدلوله الضيق تبقى الجريمة قائمة وإن نسبت إلى من صدر الإكراه عنه أما القوة القاهرة فتنتفى الجريمة إطلاقاً[٥].

٣٨ـ الإكراه المادى والحادث الفجائى :

يراد به عامل طارئ يتميز بالمفاجأة أكثر مما يتصف بالعنف يجعل الإنسان أداة لحدث إجرامى معين دون أى أتصال إرادى بين هذا الحدث وبين نفسية ذلك الإنسان ويستوى فى ذلك العامل أن يكون ظاهرة طبيعية أو فعلاً إنسانياً[٦].

(١) نقض ١٢/٥/١٩٩٣ ، أحكام النقض ، س٤٤ ، رقم ٦٩ ، ص٤٧٥.

(2) Cass. Crim 10 nov. 1959 : B. no. 475

(3)Cass. Crim 12 oct. 1850. S. 53, 1, 464

(4) Cass. Crim 17 Juil. 1858. D. 58. 384

(٥) د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) ، مطبعة جامعة القاهرة ، ط٧ ، ١٩٧٤ ، بند ٣٢٥ ، ص٤٧٤.

د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص٢٩٦.

(٦) د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص٨٠٢.

فهـو لا يمحو الإرادة ولا يجردها من التمييز وحرية الاختيار ولكن يزيل عــنها العمــد والخطـــأ فيجردها من الصفة الإجرامية ولا يقوم بها الركن المعنوى للجــريمة ويشترط فيه أن يكون من غير الممكن توقعه وأن يكون من غير الممكن تفادى حدوثه وفقا لمعيار الشخص المعتاد(١)

بينما يعتبر البعض الآخر سبباً من أسباب انقطاع رابطة السببية بين السلوك والنتــيجة ولكــن نظــراً لأن السببية لا تنقطع إلا بالعامل الشاذ غير المألوف فإن الحــادث الفجائـــى لا يقطع علاقة السببية إلا إذا توافرت فيه تلك الصفة فمن يلقى بنفـــسه أمام سيارة تسير فى الطريق قاصداً الانتحار فإن السببية تنتفى إذا لم يتمكن قائد السيارة من مفاداةالمجنى عليه فصدمه.

أمـــا قائـــد السيارة الذى يصاب بعمى ألوان مفاجئ ويرى الإشارة الحمراء خضراء وينطلق فى السير فيصطدم بسيارة أخرى ويؤدى ذلك إلى وفاة من فيها فإن الركن المعنوى ينتفى استناداً إلى الحادث الفجائى(٢)

ورغم أن العلاقة فيما بين الحادث الفجائى والقوة القاهرة يحولان دون توقيع العقـــاب إلا أن القوة القاهرة تؤدى إلى محو إرادة المتهم بحيث لا ينسب إليه سوى حـــركة عــضوية مجـــردة من الصفة الإرادية أما الحادث الفجائى فيجرد السلوك

---

(١) فـــإذا كـــان خطأ المجنى عليه من الغرابة والشذوذ والجسامة على نحو لا يستطيع معه المتهم تـــوقعه توافر الحادث الفجائى مثل نوم المجنى عليه فوق قضبان السكة الحديد مما أدى إلى أن دهمه القطار (نقض ١٩٤٥/٤/٢٣ مجموعة القواعد القانونية ، جـــ٦ ، رقم ٥٦١ ص٣:٧٠) أو وقـــوفه فـــوق الـــبالات التى تحملها سيارة نقل مما أدى إلى اصطدام رأسه بكوبرى علوى ومـــوته. (١٩٤٦/١/٢٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـــ٧ ، رقم ٧٠ ، ص٦٧) أو ظهور المجنى عليه فجأة أمام السيارات التى يقودها المتهم وعلى مسافة تقل عن متر. (نقض ١٠/١٢/ ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض ، س١٥ ، رقم ١١١ ، ص٥٦٨) ففى جميع الأمثلة عوامل لا يستطيع المتهم أن يتوقعها ولا يجب عليه ذلك مما ينتفى عنصر الخطأ فى حق المتهم ...

د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٥٤٣ ، د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، دار نافع للطباعة والنشر ، ١٩٨٧ ، بند ٥٥٩ ، ص٤١٠.

(١) د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص٣٣٦.

الإرادى الذى صدر عن المتهم من وصفى العمد والخطأ [1] .

---

(١) لا فـرق مـن ناحـية المـسئولية الجنائية بين القوة القاهرة والحادث العارض فكلاهما يعدم المـسئولية ماديا على خلاف الحال فى نطاق المسئولية المدنية فإن من الفقهاء من يفرقون بين الأمرين ويقولون بتحمل الإنسان مدنياً تبعة الضرر الناشئ عن الحادث العارض الذى يعترض نـشاطه وذلك على اعتبار أنه وإن يكن – كالقوة القاهرة – مما يعزى إلى المصادفة البحتة – ومـا كان يمكن للإنسان والحالة هذه أن يتوقعه أو يدفعه إلا انه من الأخطار المحتمل وقوعها بالنظـر إلى نوع هذا النشاط ، وذلك بعكس القوة القاهرة التى تعتبر دائما أمراً اجنبيا عن دائرة هذا النشاط ... د/ على راشد ، د/ يسرى أنور ، مرجع سابق ، ص٢٣٥

- وذهب رأى سائد أن القوة القاهرة هى نفسها الحادث الفجائى وانه لا فرق بين الأمرين وتلـك هـى النظـرية الأحادية (Conception moniste) ولكن فى مقابل ذلك ظهـرت نظرية أخرى فى التسعينات إلى التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائى وهذه هى النظرية الثنائية (La conception dualiste)

١. وحـدة القوة القاهرة والحادث الفجائى : تقوم على فكرة أن المدين لا يسأل إلا بعد إعـذاره إلا إذا كان قد تحمل المسئولية بموجب نص خاص فى الاتفاق أو وقع منه قـبل حـصول الحادث الفجائى أو قوة قاهرة بعد إعذار المدين ، كان عليه ضمان التلف أو الهلاك متى ثبت أنهما ما كانا ليحدثا لو أن الشئ سلم إلى الدائن فى حينه.

٢. ثنائية القوة القاهرة والحادث الفجائى وتغايرهما :

- مـضمونه أن القـوة القاهرة ، هى واقعة ، يستحيل ، مطلقا التغلب عليها أو توقعها ، وهـى تـنجم عن قوة أجنبية أو خارجية كالعاصفة أو هزة أرضية أو ... وكل ذلك علـى خلاف الحال ، حال الحادث الفجائى ، فهو مجرد عقبة داخلية تتولد عن نفس مقتـضيات أوضـاع استغلال المدين للشئ ، ومثال ذلك العيب المادى أو الخطأ فى اسـتعمال واستحالة دفع الحادث هنا ليست مطلقة كما فى حالة القوة القاهرة ولكنها مجرد استحالة نسبية.

- وهكـذا يمكـن القـول أن الفكرة الأساسية التى استند اليها محبزوا التفرقة بين القوة القاهـرة والحـادث الفجائى تتمثل فى مدى كون الواقعة خارجية وأجنبية أم داخلية ولصيقة بالمدين ، فإن كانت الأولى فإن الأمر يتعلق بقوة قاهرة وإن كانت الثانية فإن الأمر يتعلق بحادث فجائى ...

- د/ محمد شتا أبو سعد ، مرجع سابق ، ص٣٠٩

المبحث الثانى
شـــروط الإكـــراه المـــادى

٣٩- تقسيـــــم :

خــلا قانــون العقــوبات المصرى من نص صريح يتناول الإكراه المادى وشـــروطه وإن كـــان إجمـــاع الفقه والقضاء قد انعقد على ضرورة توافر شرطين لتحقيقه (١)

الأول : وجود قوة غير قابلة للرد. الثانى : أن تكون هذه القوة غير متوقعة. وسوف نتناول كلاً منهما فى مطلب على حدة :

---

(١) د/ حسنى الجندى ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) بدون جهة نشر ، ط١ ، ١٩٩٤ ، بند ٢٥٩ ، ص٢٩١ ، د/ سـلوى توفيق بكير ، د/ على حمودة ، شرح قانون العقوبات (القسم العام) بدون جهة نـشر ، ٢٠٠٠ ، ص٦١٥ ، د/ عبد الوهاب حومد ، الوسيط فى شرح القانون الجزائى الكويتى ، بدون جهة نشر ، ط٣ ، ١٩٨٣ ، ص٢٧٨ ، د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٨٩.

- سـقطت جريمة المخالفة فى المادة (٦٥) من قانون العقوبات الأهلى والصادر سنة ١٨٨٣ سقوطها فى المـادة (٦٣) مـن قانون العقوبات الفرنساوى وكان الأولى إيرادها والحاقها بأختها ، فواضعى القانون الفرنسى قسم المادة (٦٤) من قانون العقوبات الفرنسى إلى قسمين فوضع على العته قسما وهو المادة (٦٣) وعلى الإكراه قسما آخر وهو المادة (٦٥) وهذا الَيق من ضمها وذلك إظهار لشأنها فى القانون.
- وهاك نص المادة (٦٥) من قانون عقوباتنا (إذا أكره المتهم على فعل جناية أو الجنحة بقوة لا يستطيع مقاومـتها فلا يعد ما وقع منه جناية ولا جنحة) ويتبين من نص هذه المادة بحسب الظاهر من عباراتها أنهـا قاصـرة علـى الإكراه المادى ... لأمين أفندى إبرام البستانى ، شرح قانون العقوبات ، مطبعة المحروسة بمصر ، ١٩٤٨ ، جـ١ ، ص١٣٩.
- وقـد عـدلت المدونـة الحالية الصادرة فى سنة ١٩٠٤ – والمعدلة فى سنة ١٩٣٧ – عن النص عليه لبداهته وكان من الأجدر مسايرة القوانين الحديثة لأن منها ما يعين بأكثر وضوحا نوع الإكراه هذا ومن التـشريعات العـربية ما صرحت بالإكراه المادى كالقانون الأردنى حيث نصت المادة (٨٨) من قانون العقوبات " لا عقاب على من أقدم على ارتكاب جرم مكرها تحت طائلة لتهديد وكان يتوقع حين ارتكابه ذلـك الجرم ضمن دائرة المعقول الموت العاجل أو أى ضرر بليغ يؤدى الى تشويه أو تعطيل أى عضو مـن أعـضائه بصورة مستديمة فيما لو امتنع عن ارتكاب الجرم المكره على اقترافه وتستثنى من ذلك جـرائم القـتل ، كما يشترط ألا يكون فاعل الجريمة قد عرض نفسه لهذا الإكراه بمحض إرادته أو لم يستطيع الى دفعه سبيلاً"
- والقانــون الليبى حيث نصت المادة (٧٥) عقوبات " لا عقاب على من ارتكب فعلا اكرهه الغير على ارتكابه بقوة مادية عجز عن دفعها او لم يستطع التخلص منه ... "
- وكـذا القانون اللبنانى حيث تنص المادة (٢٢٧) " لا عقاب على من اكرهته قوة مادية ... لم يستطع الى دفعها سبيلا. من وجد فى تلك الحالة بخطأ منه عوقب عند الاقتضاء كفاعل جريمة غير مقصودة "
- ويتضح مما سبق أن شرطى الإكراه المادى تتمثل فى :

أولا : وجود قوة غير قابلة للرد. ثانيا : أن تكون هذه القوة غير متوقعة.

- ومـن التشريعات الأجنبية المسايرة لهذا الاتجاه كالقانون الألمانى حيث تقول المادة (٥٢) " لا عقاب علـى فعـل متى كان فاعله اكره على اتيانه بقوة لا قبل له بردها أو إكراه بتهديد مقترن بخطر محدق بشخصه أو بحياته أو بحياة أحد ذوى قرباه ولم يتمكن من دفعه ... " وكذا القانون الإنجليزى فى المادة (٣١) " لا يعتبر الشخص مسئولا جنائيا عن أى عمل قام به أو أى جريمة ارتكبها بسبب تعرضه للتهديد بالقـتل أو بالأذى الجسدى البالغ (له أو لغيره) من قبل شخص آخر يعتقد أن فى استطاعته تنفيذ تهديد على الفور ... "
- وكـذا القانــون الإيطالى فنص فى المادة ٤٦ عقوبات " لا عقاب على من ارتكب فعلا اكره عليه من الغيـر بواسـطة عـنف مادى لم يكن فى استطاعته مقاومته أو التخلص منه بأية كيفية ، وفى مثل هذه الحالة يسأل من صدر عنه العنف عن الفعل الذى ارتكبه الشخص المكره "
- وقد سايرت محكمة النقض هذا الاتجاه فقررت انه (يشترط لتوافر الحادث القهرى ألا تكون للجانى يد فى حصول الضرر أو فى قدرته منعه)
- نقض ٢٠/٤/١٩٥٩ ، مجموعة القواعد القانونية ، س١٠ ، رقم٩٩ ، ص٤٥١ ، نقض ١٣/٢/١٩٧٧ ، س٢٨ ، رقم ٥٣ ، ص٢٣٧.

المطلب الأول
وجـــود قـــوة غير قابلـة للـــرد

٤٠- مفهوم هذا الشرط :

يقـصد بالقـوة غير القابلة للرد تلك القوة التى تعمل على شل إرادة الجانى والقضاء على حرية اختياره بحيث يجد نفسه أمام استحالة مطلقة على التصرف أو المقاومة(١) .

أما إذا كان من شأن هذه القوة أن جعلت اجتناب التصرف أمراً عسيراً فإن الإكـراه المادى لا يتوافر بذلك ، إذ مازال لإرادته وجودها وقد كان فى وسعه أن يوجهها إلى التغلب على هذه الصعوبات فإن لم يفعل فمعنى ذلك انه استعمل إرادته على نحو ما ويناقض ذلك القوة بتوافر الإكراه المادى (٢) .

ولا يخـتلف الأمر ولو كانت وسيلة الدفع أو الخلاص مهينة أو شائنة ، أو كانـت تـصيبه بأذى فى ماله أو نفسه لأن إذعان المكره للسبب مع قدرته على أى وجه على الخلاص منه دليل على أن إرادته لم تكن معطلة تماماً وإنه حين أذعن فقد اخـتار أهـون الـشرين وأخف الضررين والمتفق عليه أن الإكراه المادى وحرية الاختيار لا يجتمعان بل يتنافيان (٣) .

وإذا كانـت الاستحالة المطلقة فى رد القوة هى الشرط الجوهرى فى تحقيق الإكراه المادى إلا أن نص المادة ١٢٢ – ٢ من قانون العقوبات الفرنسى(٤) – " لا

---

(1) Salvage (P), Droit pénal général, 4 éd, 1998. No. 88. P. 46.

- Canin, op. cit. P. 81.

(٢) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات اللبنانى ، بيروت ، ط٢ ، ١٩٧٥ ، بند ٤٩٨ ، ص٥٠٨.

د/ محمـد سامى النبرواى ، شرح الأحكام العامة (لقانون العقوبات الليبى) ، جامعة قاريونس – بنغازى - ، ط٣ ، ١٩٩٥ ، بند ٣٤٠ ، ص٤١٧.

(٣) د/ عوض محمد ، قانون العقوبات (القسم العام) ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون تاريخ نشر ، ص٥٢٨.

(٤) Art . 122 – 2. – N'est pas pénalement responsabile la personne qui a agis sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'apu résister .

تقــع المسئولية الجنائية على الشخص الذى ارتكب فعل ... إزاء قوة لا قبل له على ردها " - قد تتطلب شئ من الاستحالة النسبية وهذا يتبين من صياغة نص المادة إلا أن القضاء قد جرى على ضرورة توافر الاستحالة المطلقة(١)

والنتيجة المترتبة على هذا المعيار أنه يرفض الصعوبات مهما كانت جسيمة إذا لم تبلغ مرتبة الاستحالة المطلقة.

وعليه يتبين أن الاستحالة المطلقة تتسع للصعوبات الجسيمة إلا انها تتطلب فــى الصعوبة أن تكون جدية للغاية ليثبت لها الاعتبار القانونى الكامل حتى تعمل على إلغاء حرية الاختيار(٢)

٤١ـ تطبيقات القضاء المصرى والفرنسى :

وتطبــيقاً لهذا فإن القضاء الجنائى المصرى قد جرى على " أن قول المتهم أنــه إنمــا أصــدر الشيكات مضطراً بعد أن أغلق محله وأحاطت به دعوى إشهار إفلاسه ، فعمد إلى اصدار شيكات للخلاص من الخطر المحدق به "

وهذا القول مردود عليه بأن الإكراه بمعناه القانونى غير متوافر ... ".(٣)

وفى حكم آخر " التزام المتهم بأن يستورد فى الموعد القانونى البضاعة التى حول إلى الخارج عمله أجنبية لاستيرادها لا يحول دون ارتفاع أسعار هذه البضاعة إلى الخارج" (٤)

وفى حكم ثالث " أن التقرير بالطعن بالنقض وتقديم أسبابه من شأن الطاعن لا المحامى عنه. مرض المحامى عن الطعن لا يوفر لدى الطاعن عذراً قهرياً يحول بينه وبين تقديم الأسباب فى الميعاد " (٥)

---

(1) Borricand, op. cit. P 145.

(٢) د/ زنون الرجبو ، مرجع سابق ، ص١٧٧.

(٣) نقض ١٩٥٩/٦/٣ ، أحكام النقض ، س١٠ ، رقم ٦٤٠ ، ص٦٦٩ - نقض ١٩٩٨/٥/١٤ ، س٤٩ ، رقم ١٠٨ ، ص٤٥٨.

(٤) نقض ١٩٥٦/٦/١٢ ، أحكام النقض ، س٧ ، رقم ٢٤٣ ، ص٨٤٤.

(٥) نقــض ١٩٧٢/٤/٢٣ ، أحكام النقض ، س٢٣ ، رقم ١٣١ ، ص٥٩ ، نقض ١٩٩٨/٧/٢ ، أحكام النقض ، س٤٩ ، رقم ١٠٨ ، ص٤٥٨.

وفى حكم رابع " أن ما ينعاه الطاعن بدعوى انه أكره على إصدار الشيكات موضوع التهمة وأنه إنما أصدرها مضطراً لتقبل الشركة تمويل عملية التوريد مردود بأن الإكراه بمعناه القانونى غير متوافر فى الدعوى لأن الشركة قد استعملت حقا خولها إياه القانون فلا تثريب عليها فى ذلك... " (١)

ومـا انتهى اليه القضاء المصرى من ضرورة توافر الاستحالة المطلقة فى رد القوة هو ما ذهب اليه القضاء الفرنسى من عدم تطبيق مسألة الإكراه على مستأجر دور العرض (السينما) الذى لم يستطع عمل حصر دقيق لحالات الدخول حيث يتعلل بأن هناك بعض المتفرجين يدخلون من المداخل المخصصة للأحوال الطارئة نظراً لأنه كان فى إمكانه حراسة هذه المداخل السرية (٢)

وكذا حالة الضرورة التى يتذرع بها الأجنبى لكى يقيم فى فرنسا حتى يعامل معاملة حسنة غير مطبقة فى بلده الأصلى ، هى ضرورة ليست حقيقية أو حالية ، طالما أن هذه المعاملة تمثل طابعاً تجريبياً ومن الممكن أن تتوافر له هذه المعاملة فى بلد آخر يختاره (٣)

وفى قضية قطاع طرق جزيرة كورسيكا حيث أدين مالك الأرض لأنه أوى هؤلاء الأشرار رغم ما مورس عليه من تهديدات (٤)

وكذا القرار التعسفى والذى اتخذه أحد البنوك حيث قامت بسحب دعمها المالى والذى كانت قدمته لإحدى الشركات(٥)

هذا وقد قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم من أحد الرعايا الروس فى واقعة ملخصها (انه كانت قد وجهت اليه تهمة خرق أحد الأحكام

---

(١) نقض ١٩٧٤/٢/١١ ، أحكام النقض ن س٢٥ ، رقم ٢٨ ، ص١١٩.

(2)Cass Crim 8 avril 1936, D. P, 1936, 1,44, note Donnedieu de Vabres

(3)Cass. Crim 3 mai 1990 Slama, inédit

مشار إليه فى Pelletier (H) et perfetti (j) , code pénalé, titec, 2 . éd, 2000, art , 122 – 2 , P. 52

(4)Càss. Crim 28 décembre 1900, D. 1901, 1,81, note G. le poittevin; néanmoins, dans

(5)un sens plus compréhensif, crim. 26 Février 1959, D. 1959, 301

Cass. Crim, 24 juin 1992, B. no. 253.

الصادرة بطرده ، وفى دفاعه قرر انه طرد من كافة البلاد المجاورة لفرنسا ، فحكمت محكمة باريس بحبسه شهرين دون أن تأخذ بدفاعه وفى طعنه أمام محكمة النقض أخذ على الحكم انه رفض اعتبار الاستحالة المادية لتنفيذ الحكم من قبيل القوة القاهرة ، فرفضت الدائرة الجنائية طعنه مدعية بأن دفاعه كما هو عليه لا يبرر قيام الاستحالة المطلقة لترك الأراضى الفرنسية ، فلا يكفى أن يكون قد ذهب إلى البلاد المجاورة بل يجب أن يثبت المتهم انه لم يترك دولة فى العالم وأقام بها ثم طرد منها) [١] .

٤٢ـ الاستحالة المطلقة كضابط للقوة المحققة للإكراه المادى :

ومن جماع ما تقدم نجد أن القضاء المصرى والفرنسى يتطلب فى القوة المحققة للإكراه المادى الاستحالة المطلقة ، وهنا نتساءل ما هو المعيار الواجب الأخذ به فى تحديد هذه الاستحالة المطلقة ؟ هل هو معيار موضوعى ؟ أم معيار شخصى يتناسب مع إمكانيات المكره ؟

الثابت من الإطلاع على الأحكام القضائية (المنوه عنها سلفاً) تجد أن معيار الرجل العادى هو المعيار المعتمد عليه وليس بالمقارنة بشخص المكره وعليه لا تعتبر مسألة صعوبة عدم الامتثال للقانون سبباً فى عدم العقاب [٢] .

وهذا المعيار يقتضى أن يقاس موقف الشخص المكره بموقف الشخص العادى لو وضع فى نفس ظروف المكره فماذا سيكون تصرفه ، هل هو نفس تصرف المكره (ارتكاب الجرم) أم انه كان سيسلك طريقاً آخر ؟

وعليه يتم تحديد موقف المكره.

ونحن من جانبنا نرى الأخذ بالمعيار الشخصى نظراً لأن الظروف الشخصية وكذا المحيطة بكل فرد وإمكاناته البدنية والعقلية تختلف من شخص لأخر فمن الأشخاص مالا تؤثر عليه قوة وتجعله يسلك سبيل الجريمة بخلاف آخر – وفقا لظروفه تجعله يسلك سبيل الجريمة ولذا يدخل الأمر برمته فى سلطة محكمة الموضوع التى يتعين عليها أن تفحص كل حالة على حدة فى ضوء الوقائع التى

---

(1)Cass. Crim, 8 Fevrier 1936, D. P. 1 , 44.

(2) Salvage, op. cit . No. 88, p. 46.

ارتكب فيها الجرم وترى ما إذا كان تصرف الشخص فى هذا الموقف هو التصرف الطبيعـــى أم لا ويجـــب أن يكون بيانها فى هذا الشأن واضحاً وتحت رقابة قضاء النقض.

٤٣ موقف الشريعة من هذا الشرط :

يـــشترط فى الشريعة الإسلامية خوف المكرَه – بفتح الراء – من إيقاع ما هدد به المكرِه – بكسر الراء – فى الحال بغلبة الظن – أى بأن ظن انه يوقعه.

وأن المكـــرَه – أصبح عاجزا كل العجز عن الخلاص عن ذلك بالهرب أو الاســـتغاثة أو بالمقاومة وذلك لأن معيار الإكراه هو حدوث الخوف فى نفس المكرَه فـــإذا لـــم يغلب على ظن المكرَه وقوع ما هدد به لا يكون مكرها لأن الخوف الذى يعتبر معيار للإكراه قد تلاشى(١)

ويـــشترط أن يكـــون المجبر مقتدراً على إيقاع تهديده ، وبناء على ذلك لا يعتبر من لم يكن مقتدراً على إيقاع تهديده وتنفيذه (كما) يشترط خوف المكره من المكـــره بـــه ، بمعنى يشترط حصول ظن غالب للمكره بإجراء المجبر إن لم يفعل المكـــره عليه فيشترط فى صحة الإكراه خوف المكره من المكره به عاجلاً أو آجلاً ويحـــصل ظـــن غالـــب للمكره بإجراء المجبر المكره به إن لم يفعل ما أكره عليه ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل والمباشرة(٢)

---

(١) وقد جاء القانون المدنى المصرى متفق مع الفقه الإسلامى فى انه لابد من وقوع الخوف فى نفـــس المكره. أو غلبة الظن وهذا ما صرحت به الفقرة الثانية من المادة – ١٢٧ مدنى – فلا يكـــون الخطر مهدداً إلا إذا خاف المكره من إيقاع ما هدد به المكره. أما إذا تمكن المكره من التخلص بالاستغاثة أو المقاومة أو الهرب فلا يعتبر الخطر محدقا ومهدداً.

وأيضا المادة – ٦١ ع نصت على ذلك – إذا اشتطرت فى الخطر الذى يهدد به المكره ألا يكون فـــى قدرته منعه بطريقة الخطر الذى يهدد به أن يحدث خوفاً ... د / محمد أحمد مكين ، مقال سابق ، ص١٩٨.

– راجع ماهية الإكراه – الباب التمهيدى – بالرسالة.

(٢) البناية فى شرح الهداية ، مرجع سابق ، ص٤٥ – د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٩١.

وهكـــذا يتبـــين لنا أن المعيار الذى أخذت به الشريعة الإسلامية هو معيار شخصى منصب على انعدام الرضا وهو لا يكون إلا حيث يكون الخوف من المهدد بـــه فمـــا يكـــون إكراها فى حق شخص لا يكون إكراها فى حق آخر فمن يضرب بسوط أو يحبس يوم أو قيد يوم لا يبالى بالنظر إلى العادة فلا يتحقق الإكراه.

أمـــا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا يعد الفعل إكراهاً[1]

فالـــشريعة الإســـلامية لا تأخـــذ بالاستحالة المطلقة التى استلزمها التشريع الوضـــعى وإنمـــا أخذت بمعيار المشاعر الاعتيادية لأن التقدير لا يكون إلا بحدود الإمكانـــيات البـــشرية مـــع مقارنـــة الضرر ، وهذا لا يعنى إلا دراسة الواقعة من الزاويتين الشخصية والموضوعية[2]

ونحـــن نتفق مع بعض الفقه فيما ذهب اليه من انه من الأفضل أن يستبدل اصطلاح الاستحالة المطلقة باصطلاح الاستحالة النسبية حتى يجيئ التفسير متمشياً مع الظروف الشخصية للفاعل.

---

(١) نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ، مرجع سابق ، ص٢٣٥.

(٢) د / ذنون الرجبو ، مرجع سابق ، ص٥٣.

- وقـــال صدر الشريعة " أن الأشراف يقتمون بكلام فيه خشون فمثل هذا يكون إكراها لهم وقـــال البايرتى " إلا إذا كان المكره صاحب منصب أى عز ومرتبة فإن الشرفاء والأجلاء مـــن العلماء والكبراء يستكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد أكثر مما يستكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس فى ذلك تقدير لازم بل ذلـــك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلى به ... تكملة فتح القدير ، جـ٩ ، ص ٢٣٥.

المطلب الثانى
أن تكــون القــوة غـير متوقعـة لا دخـل لإرادة الفـاعـل فيهـا

٤٤ـ مفهوم هذا الشرط :

الـشرط الثانى اللازم لتحقق الإكراه المادى أن تكون القوة المكرهة خارجة عــن إرادة الفاعــل ، أى لا دخل لإرادته فى إيجادها ولا يتحقق هذا الشرط إلا إذا كانت تلك القوة غير معروفة له ولا متوقعة منه لأن المكره إذا وقع تحت تأثير قوة مكرهة كان يعلم بها أو يتوقعها فإن إرادته يكون لها دور فى إيجاده فيها على نحو تجعله مخطئاً[(١)]

فى حين يذهب البعض إلى القول بأن الشرط الوحيد لتحقيق الإكراه المادى هــو وجــود قوة غير قابلة للرد أى من المستحيل مقاومتها وهذا هو الشرط الوحيد للإكراه المادى بمعناه الواسع[(٢)]

والــذى نــراه أن استحالة مقاومة القوة لا تكفى لتحقيق الإكراه المادى متى كــان فى إمكان الشخص أن يتوقع خضوعه لهذه القوة وأن يتجنب هذا الخضوع إذ فــى هذه الحالة يكون لإرادته دخل ومن ثم لا تنتفى حالة الإكراه المادى وإنما لابد من توافر الشرطين معاً وجود قوة غير قابلة للرد وأن تكون هذه القوة غير متوقعة لتحقيق الإكراه المادى.

ومــن الأمــثلة التى توضح هذا الشرط هو من يعلم أن جواده يصاب بحالة هــياج وجمــوح عند سماع أصوات غير مألوفة مما يجعل من الصعب قيادته فى طــريق مــزدحم بالسيارات بالرغم من ذلك يمتطى الجواد فى طريق عام مزدحم فيجمح الجواد ويصيب المارة فهنا لا يتوافر فى حقه عدم إمكان توقع الخطر ويسأل عن الفعل الذى وقع منه [(٣)] .

---

(١) د / محمد ذكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص١٦٧.

(٢) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص٢٩٦.

(٣) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٦١.

ومن يعلم أنه مصاب بنوبات مفاجئة من الصرع ويقود سيارة فيصاب بإحدى هذه النوبات فيقع حادث يترتب عليه وفاة شخص أو أكثر ، يسأل عن الجريمة لأن الإكراه كان متوقعاً(١)

والسيدة المتزوجة التى تعلم بمطاردة أحد الأشخاص لها من خلال سلوكه معها وتتوقع أن يكمن لها فى مكان ما فتقوم هى بالتردد على هذا المكان مما يجعله يتمكن منها ويوقع بها عنوة ، فهنا لا تعد مكرهة وتقوم فى حقها جريمة الزنا (٢)

٤٥ـ موقف القضاء من هذا الشرط :

يذهب القضاء المصرى بضرورة توافر هذا الشرط لتحقيق الإكراه المادى أو القوة القاهرة حيث استقر قضاء النقض على أن " يشترط لتوافر حالة الحادث القهرى ألا يكون للجانى يد فى حصول الضرر أو فى قدرته منعه ... " (٣)

فالمقصود من عبارة لا يد للجانى فيه هو عدم التوقع لأن الجانى إذا وقع تحت تأثير قوة متوقعة أو كانت له يد فيها فهنا تصبح لإرادته دور ومن ثم تنتفى حالة الإكراه.

وفى حكم آخر قرر قضاء النقض " أن المتهم كان يقود السيارة بسرعة زائدة وانه كان يعلم من قبل بحقيقة حالة فرملة القدم بها وأن الخلل يطرأ عليها بغتة من وقت لآخر فلا تستجيب له فى الوقت المناسب عند العمل على وقف السيارة ولكنه على الرغم من علمه بهذه الظروف أقدم على قيادتها والسير بها فإنه يكون مسئولاً عما ينجم عنها نتيجة الخطأ ولا يقبل منه الدفع بتوافر الحادث القهرى(٤)

فالواضح من هذا القضاء أن المتهم طالما كان بإمكانه توقع حدوث ما حصل ، ولم يتوقعه ، فلا يقبل منه الدفع بتوافر القوة القاهرة.

---

(١) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٥٤٣.

(٢) د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٩٦.

(٣) نقض ١٩٧٧/٢/٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س٢٨ ، رقم ٥٣ ، ص٢٣٧. - نقض ١٩٧٨/٣/٢٧ ، س٢٩ ، رقم ٦٠ ، ص٣٢٢ - نقض ١٩٩٣/٤/١٢ ، س٤٤ ، رقم ٥٠ ، ص ٣٦٨ - نقض ١٩٩٦/٦/٢ ، س٤٧ ، رقم ١٠٠ ، ص٧٠٣.

(٤) نقض ١٩٩٦/٢/٢٦ ، أحكام النقض ، س٨ ، ص١٧٦ - نقض ١٩٨٨/١٢/١ ، س٣٩ ، رقم ١٨٧ ، ص١٢١٣ - نقض ١٩٩٨/١٠/١٨ ، س٤٩ ، رقم ١٥٠ ، ص١١٠٨.

٤٦ معيار إمكانية التوقع :

نحــن من جانبنا نؤيد المعيار الشخصى لأن عدم القدرة على دفع القوة عملية نسبية تختلف من شخص لآخر وكذا معيار التوقع النسبى يختلف من شخص لآخر فيجب مــراعاة ظروف الشخص وإمكانياته المتوافرة لديه لتحديد ما إذا كان فى استطاعته التوقع من عدمه ويترك هذا التقدير لقاضى الموضوع.

واشــتراط عدم التوقع يواجه كثيراً من النقد فى فرنسا لأنه يحاسب الفاعل عــن جــريمة عمدية بناء على خطأ غير عمدى (مثل قضية البحارة ، وكذا خيانة الأمانة) (١)

وهــذا أمر لا يمكن قبوله لأن الشخص قد يتوقع الخطر ويعلم به ولكنه لا يكــون فــى إمكانه تجنبه ومن ثم يخضع للإكراه رغم التوقع وعليه يتم التمييز بين فرضــين فلــو حــدث خرق للقانون على أثر إهمال لا يمكن مقاومته تتم المحاسبة باعتبار الواقعة إهمالاً وليس عمداً أما إذا كان خرق القانون غير مقصود كالقتل أو الجــرح ، فالعقــاب هنا يكون مبرراً ليس لأن الإكراه لا يكون مقبولاً ولكن لوجود خطــأ ســابق لحدوث الحدث الذى لا يمكن مقاومته فربما يكون قريباً جداً بالنسبة للفاعل وكان يتعين عليه توقعه(٢)

والخلاصــة أن الحادث غير المتوقع فى الإكراه المادى هو أن تكون القوة نتيجة حادث مستقل عن الإرادة البشرية وأن هذه الإرادة لا تملك شيئاً لا فى التوقع ولا فى رد القوة(٣)

فــى حين يذهب القضاء الفرنسى إلى القول بأنه إذا كان الجانى قد ارتكب خطأ سابقاً على العمل المرتكب لا يجوز له المطالبة بمسألة عدم إسناد التهمة إليه(٤)

ففــى قــضية الــبحار الهارب الشهير نجد أن هذا البحار قد سكر ولذلك لم

---

(١) ســبق الإشــارة الــيها (Crim 29 Janvier 1921) , (crim, 13, juillet 1951, B., n. 213)

(2)Desportes et le Gunehec, Op. Cit. No.667, P. 581.

(٣) د / ذنون الرجبو ، مرجع سابق ، ص١٨١.

(4)Canin. Op. Cit. P. 81

يستطع العودة إلى السفينة فى الموعد المحدد وذلك لأنه وضع فى حجرة خاصة بهدف التخلص من آثار السكر فدفع بالقوة القاهرة التى حالت دون التحاقه بالسفينة إلا أن القضاء رفض دفعه وقال : انه كان بمقدوره أن يتوقع ما حصل له إذ يكفى فى الحكم أن تجئ الظروف مثبتة لمبادئ المسئولية المترتبة على عاتق الفاعل[١]

وكذا الإنسان المطلوب القبض عليه لاتهامه بخيانة الأمانة حتى لو كانت الأشياء المؤمن عليها قد اختفت نتيجة لسرقة نتجت عن خطأ فى المراقبة الجيدة [٢]

والسائق الذى يضطر إلى الذهاب مسافات بعيدة دون أن يتناول أى كمية من الطعام لفترات طويلة فيفقد توازنه ويصطدم بأى شئ ويقع الحادث ونفس الشئ بالنسبة للسيدة التى تقود وتعانى من الضغط الشديد. [٣]

وفى كل هذه الحالات كان بمقدور الجانى أن يتوقع ما حصل له وانه لم يتوقعه فلا يقبل منه الدفع بتوافر حالة الإكراه.

(1)Cass. Crim, 29 Janvier 1921, S , 1922 . 1, 185, note Roux

(2)Cass. Crim., 13 Juillet 1951, B., n. 213

وقد عنيت محكمة النقض باستجلاء هذا الشرط وبناء عليه فالطبيب الذى تأخر فى التوجه الى المستشفى لإجراء عملية جراحية عاجلة مما أدى إلى وفاة المريض لا يجوز التذرع بالإكراه بسبب القبض عليه لاعتداؤه على أحد المارة. Cass. Crim 24 avrill 1973, D. H 1937. 429

(2) Cass. Crim, 12 Févr. 1976, B. C. n. 27

الفصل الثالث
الإكـــــراه المعـــنـــوى

٤٧ تمهيد وتقسيم :

ســـبق وأن بيـــنا أن الإكراه المادى هو الصورة المثلى لغياب الإرادة لدى المكره وبالتالى انعدام الفعل فينعدم الإسناد المادى للفاعل.

بيـــنما فى الإكراه المعنوى فإن النشاط المادى للفعل قائم وكل ما هناك هو تجرد الإرادة من حريتها فى الاختيار بسبب عيب شاب تكوينها نتيجة ظروف شاذة لا تسمح طبقاً للمعايير المستمدة من الخبرة الإنسانية العامة بتكوين إرادة سليمة ففى مثل هذه الظروف لم يكن فى مقدور الفاعل أن يتصرف على نحو يتفق مع مقتضى الأمـــر أو النهـــى القانونى ، فلا يطالبه القانون بالامتثال له ولا يلومه بالتالى على مخالفته(١)

وتبرير ذلك انه لا يمكن أن يتطلب المشرع فى مثل تلك الظروف أن يمتثل الــشخص لأوامره ونواهيه نظراً لأن إرادته المتحققة فى السلوك لم تتحدد وتتكون وفقاً لبواعثها الخاصة وإنما نتيجة الظروف الأخرى المحيطة بها (٢) وقد نص قانون العقـــوبات علـــى أســـباب لامتـــناع المسئولية هى الغيبوبة الناشئة عن السكر غير الاختيارى ، والإكراه وحالة الضرورة والجنون وصغر السن .

وعلى هذا سنقسم الدراسة فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الأول : ماهية الإكراه المعنوى وحالة الضرورة.

المبحث الثانى : شروط الإكراه المعنوى وحالة الضرورة.

---

(١) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص٢٨٨.

هذا وقد سبق وأن أشرنا إلى أن فكرة الإكراه المعنوى تتراوح بين نظريتين الأولى : تصور الأثم على انه حقيقة نفسية وهى النظرية النفسية وقد أرجعنا نشأتها إلى أرسطو وبمقتضاها لا يتطلب قيام الركن المعنوى للجريمة سوى تحقيق القصد الجنائى أو الخطأ.

والثانية : وهى النظرية المعيارية وفقا لأفكار المدرسة الوضعية وبمقتضاه أصبح الأثم قائماً على تقديـــر مسلك الفاعل منظور إليه من خلال صلته بالقاعدة القانونية التى يتضمنها نص التجريم ... راجع الفصل الثانى من الرسالة الإكراه والمدارس الجنائية الكبرى.

(٢) د / مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص٣٦٥.

المبحث الأول
ماهيــة الإكـــراه المعنـــوى

٤٨ـ تمهيد وتقسيم :

ستقسم الدراسة فى هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ، ندرس فى الأول تعريف الإكــراه المعنوى، وفى الثانى حالة الضرورة ، وفى الثالث أوجه الشبه والأختلاف بين الإكراه المعنوى وحالة الضرورة .

المطلب الأول
تعريف الإكــراه المعنوى

٤٩ـ فـــى مصـــر :

تتفاوت تعريفات الفقهاء للإكراه المعنوى تبعاً لإختلاف القوة المؤدية إليه ، وما إذا كانت قوة نسبية أم مطلقة وذلك على اتجاهين .

الاتجاه الأول :

يعــرف الإكــراه المعنوى بأنه عبارة عن ضغط على الإرادة يدفعها على ارتكاب الجريمة ويتحقق بتهديد الفاعل بخطر جسيم لا سبيل الى دفعه بوسيلة أخرى ، فيقدم على ارتكاب جريمته ليدفع عن نفسه خطر هذا الضغط أو التهديد ، والإكراه المعــنوى بخــلاف المــادى لا يعــدم إرادة المكــره وإنما يجردها من حريتها فى الاختيار (١)

الاتجاه الثانى :

يعــرف بأنه القوة التى تمارس على نفس الشخص فتعدم إرادته على النحو

---

(١) د / محمــود نجيب حسنى ، القسم العام ، مرجع سابق ، د / على راشد ، د / يسرى أنور ، مــرجع سابق ، ص٣٥٧ ، ص٥٦٢ ، د / محمد على السالم عباد الحلبى ، مرجع سابق ، ص ٣٩٤ – وانظر فى هذا الاتجاه .

الـذى يفعله الإكراه المادى ، ومع ذلك فبينما يرد الإكراه المادى على جسم المكره مباشرة ، فإن الإكراه المعنوى يرد على نفسية الفاعل فيعدم اختياره (١)

ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الأول فى كون الإكراه المعنوى لا يعدم الإرادة بـل انه ينال من حرية الاختيار فالشخص يريد الجريمة وإنما بدون أن تكون ثمرة لحـرية الاختيار ، فالمكره معنويا أراد الجريمة مقهوراً ولكنه على كل حال أرادها (Coactus voluit sed voluit) وأمـا المقهـر مادياً فلم تترك له أصلاً فرصة اسـتخدام ملكـة الإرادة ، وسخر جسمه مثلما تسخر أية أداة من الجمـاد (non agitsed agitur).

فمثلا عندما يجبر الشخص تحت تهديد السلاح على ضرب آخر فهذا إكراه معنوى ، أما لو امسكه بذراعه رغما عنه ليسدى الضربة فهذا إكراه مادى.

فالإكـراه النفسى بطبيعته يكون تأثيره أقل عمقاً على شخص المكره والذى يمكن أن يقاوم.

٥٠ـ صور الإكراه المعنوى :

انقسم الفقه فى هذا الصدد إلى اتجاهين :

الاتجـاه الأول : يـذهب إلى أن للإكراه صورتين إحداهما تفترض استعمال العنف للتأثيـر على الإرادة مثال ذلك حبس شخص أو ضربه وتهديده باستمرار ذلك حتى يقبل ارتكاب الجريمة ، ويلحق بها كل الوسائل المادية التى تؤثر على الإرادة دون أن تعدمها ، كإعطاء شخص مادة مخدرة أو مسكرة على نحو لا يفقد الوعى ولكنه يقلل منه.

والأخرى فتتجرد من العنف ويقتصر الإكراه على مجرد التهديد ، مثال ذلك تهديـد شخص بالقتل إن لم يزور محرراً أو تهديد أم باختطاف ابنها إن لم ترتكب الزنا.

---

(١) د / ذنـون الرجبو ، مرجع سابق ، ص١٧ وانظر فى هذا الاتجاه اميل افندى إبرام ، مرجع سابق ، ص١٩٤.

- Salvage. (P) , op. cit, No. 89, P. 47 حيث يعرفه بانه القوة الطبيعية التى تؤدى مباشرة إلى شلل الإرادة والقضاء على حرية الاختيار.

والصورة الأولى وإن كانت تقترب من الإكراه المادى إلا أنها تفترق عنها في أن العنف لا يبلغ حد السيطرة على أعضاء الجسم وإنما يقتصر على مجرد التأثير على الإرادة بأشعارها بالإيلام المنتظر (١).

الاتجاه الثاني : يذهب إلى قسر الوسيلة المستخدمة قبل المكره والتى تدفعه إلى اختيار الجريمة تحت تأثير الخوف من خطر أو ضرر جسيم وشيك الوقوع ويتخذ عادة صورة التهديد بالقتل أو بالإيذاء الشديد وفى هذه الخصوصية يختلف الإكراه المعنوى عن الإكراه المادى فى كون الإكراه المعنوى لا يستطيل إلى جسم المجنى عليه بضرب أو نحوه وإنما يتجه الى نفسه فى سبيل حملها على اختيار الجريمة قسراً.

فمن يهدد أخر بقتله أو قتل ولده أو زوجته ويصوب بالفعل مسدسه نحوه ليجعله يرتكب تزويراً أو يسلم أمانة كان يحتفظ بها لإنسان آخر أو فى سبيل حمل إمرأة على قبول مواقعته لها إنما يتوجه بتهديده إلى نفسية ضحيته فى سبيل حملها درءاً لهذا الخطر الجسيم الحال الى اختيار ارتكاب الجريمة (٢)

ونحن من جانبنا نساير الاتجاه الأول فى كون الإكراه المعنوى قد يتخذ إحدى صورتين لأن من صدر منه الإكراه قد لا يقتصر على مجرد التهديد بالأذى وإنما يجاوز ذلك إلى البدء فعلاً فى تنفيذ تهديده بحبس المكره أو ضربه مع إنذاره بالاستمرار فى ذلك أن لم يستجب لما طلب منه ورغماً عن هذا فإن الإرادة لم تصل إلى حد الإنعدام بحيث تكون أداة مسخرة فى ارتكاب الجريمة ولا نستطيع فى هذه

---

(١) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٦١ ، ص٥٦٢ – وانظر فى هذا الاتجاه د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص٢٩٨ ، د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، بند ٤٩٥ – محمد على السالم عياد الحلبى ، مرجع سابق ، ص٣٩٤.

(٢) د / محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، بند ٧٣ ، ص١٦٨ ، وانظر فى هذا الاتجاه د / رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص٤٠٨ – د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص٣٦٥ ، د/ على راشد ، المدخل وأصول النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص٣٤٥.

الحالة أن نقول بتوافر الإكراه المادى وإنما نكون بصدد حالة إكراه معنوى[1] .

وهــذا ما أستقر عليه قضاء النقض " لما كان مفاد نص المادة – ٣٢٥ من قانــون العقــوبات أن ركن الإكراه فى جريمة اغتصاب سند بالقوة كما يكون مادياً باستعمال القوة والعنف يكون أدبياً بطريق التهديد.

ويعــد إكــراهاً أدبــياً كل ضغط على إرادة المجنى عليه يعطل من حرية الاختيار لديه ويرغمه على تسليم السند أو التوقيع عليه وفقا لما يتهدده وهذا التهديد يجــب أن يكــون على درجة من الشدة تسوغ اعتباره قرين القوة بالمقارنة لها مما يبرر صراحة العقوبة التى يفرضها القانون على حد سواء [2]

وفــى حكم آخر " جريمة هتك العرض لا يشترط قانوناً لتوافرها أن يترك الإكــراه أثــراً فى جسم المجنى عليها كفاية ارتكاب الفعل ضد إرادة المجنى عليها وبغير رضائها لتوافر ركن القوة [3]

وفــى حكم أخير ". أن ركن القوة فى جناية المواقعه يتوافر كلما كان الفعل المكون لها قد وقع بغير رضاء المجنى عليها ... وللمحكمة أن تستخلص من الوقائع التى شملها التحقيق ومن أقوال الشهود حصول الإكراه ومتى اثبت الحكم أخذا بأقوال

---

(١) ويــذهب البعض إلى القول بأن الإكراه المعنوى قاصر على القول لا الفعل فهو كثير الوقوع ولكنه صعب التحقيق لالتباس سبله وسهولة الإنكار فيه.
وهذا الإكراه إما أن ينشأ عن تهديد بشر وأذى فيما لو رفض المكره ارتكاب الجريمة وأما أن ينشأ عــن أمــر شــخص له على المكره سلطة وأمره مطاعة وقد انكر بعض أهل الأقلام أن يكون الإكــراه المعنوى سبباً لسقوط العقوبة وحجتهم أن الوعيد اللسانى بالأذى خلواً من القوة التى لا تغلب لا يصح أن يكون عذاراً للمجرم الذى لم يمسه القهر والإلزام ولم يقع فى أذنه إلا كلام فى كلام.
فإذا جنى فقد جنى على نوع من الإرادة والاختيار وكان ندلاً لأنه لم يؤثر الموت على عدم الوفاء بواجــبه ألا وهو حرمة حقوق الناس ... راجع أمين أفندى إبرام البستانى ، مرجع سابق ، ص ١٩٤.

(٢) نقض ١٩٩٣/٧/٤ ، أحكام النقض ، س٢٤ ، رقم ١٠١ ، ص٦٥٥ – نقض ١٩٩٦/٥/٢١ ، س٤٧ ، رقم ٩٥ ، ص٦٦٧.

(٣) ١٩٨٠/٢/١٤ ، أحكام النقض ، س٣١ ، رقم ٤٥ ، ص٢٢١ – نقض ١٩٩١/١/٢٠ ، س٤٢ ، رقم ١٥ ، ص١١٨.

المجنى عليها والتى اطمأنت لها أنها لم تقبل مواقعة الطاعن لها إلا تحت تهديد بعدم تمكينها من مغادرة المسكن إلا بعد أن يقوم بمواقعتها.

فـإن هذا الذى أورده الحكم كاف لإثبات توافر جريمة مواقعة الأنثى بغير رضاها بأركانها بما فيها القوة.

مما سبق يتبين من أن الإكراه المعنوى قد يتخذ أحد صورتين إما باستعمال وسـائل ماديـة لا تصل إلى حد إعدام الإرادة أو باستخدام وسائل التهديد بحيث أن يكون هذا التهديد على درجة من الشدة تسوغ اعتباره قرين القوة.

٥١- موقف الشريعة الإسلامية من الإكراه :

الإكـراه الأدبى عند الحنفية هو الذى يعدم الرضا ولا يعدم الاختيار ويكون عن طريق التهديد بحبس أحد الفروع وإن نزل كالابن ، وابن الابن أو أحد الأصول وإن علا كالأب والأم وكذلك الزوجة. وكل ذى رحم محرم كالأخوة والأخوات أو ما يجـرى مجرى ذلك. وكثير من العلماء لم يجعلوا هذا النوع من الإكراه لفقد ركنه ، وهـو إنعدام الرضا – خلافاً لبعض العلماء فإنهم يرون أن هذا النوع ضمن أنواع الإكراه مع عدم ركنه [(١)]

ومن العلماء الذين قالوا بهذا النوع الإمام السرخسى – رضى الله عنه – فقد جعـل الإكراه الأدبى إكراهاً شرعياً يرفع بعض التبعات فقد قال : " لو قيل لنحبس أبـاك فـى السجن أو لتبيعن هذا الرجل عبدك بألف درهم ففعل " ففى القياس البيع جائـز – إذ لا يعـد هذا إكراها. فإنه لم يهدد المكره بشئ فى نفسه وحبس ابنه فى السـجن لا يلحق به ضرر و التهديد لا يمنع صحة بيعه وإقراره وهبته وكذلك فى حقه كل ذى رحم محرم.

وفـى الاستحسان ذلك إكراه كله ولا ينفد شئ من هذه التصرفات لأن حبس ابنه يلحق به الحزن والغم وما يلحق به حبس نفسه أو أكثر [(٢)]

ونخلـص مـن ذلـك أن مبدأ الإكراه الأدبى مقرر عند الأحناف والمالكية

---

(١) شـمس الـدين أحمـد بن قودر ، تكملة فدح القدير ، دار احياء التراث العربى ، بيروت ، المطبعة السابعة ، ١٤٠٦هـ ، جـ ٩ ، ص٢٣٤.

(٢) محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص٥٣١.

وكذلك يمكن استنباط هذا المبدأ من النصوص الواردة فى كتب المالكية فقد جاء فيها ما يدل على وجود مبدأ الإكراه المعنوى – حيث جاء فى الشرح الصغير.

" والإكراه يكون بخوف مؤلم من قتل أو ضرب أو سجن ولو لم يطل أو قيد ولو لم يطل أو صفح لذى مروءات أو قتل ولده وإن سفل أو بعقوبة إن كان بارا لا بخوف قتل اجنبى وأما قتل الأب فقيل إكراه كالولد وهو الظاهر وقيل لا كالأخ " (١)

٥٢- فـى فـرنســـا :

يقـــسم الفقـــه الفرنـــسى الإكراه المعنوى إلى إكراه معنوى خارجى وآخر داخلى...

أولاً : **الإكراه المعنوى الخارجى** (Contrainte, morale, externe)

يـــتخذ هذا النوع من الإكراه صور ضغوط ذات طابع خارجى مثل أعمال الـــتهديد أو التحـــريض أو الإثارة والتى تمارس قبل مرتكب الجريمة نفسه أو ضد أشخاص حميمين له (مثل أفراد العائلة)(٢)

والقـــضاء يـــتطلب أن يكـــون هذا التهديد غير مشروع وملجئ بقدر كاف لتـــضييق حرية الاختيار فمثلا الموظف الذى يدلى بمعلومات لعملاء آخرين لتهديده بإخفـــاء زوجته وأولاده لا يكون متهما بالتجسس وكذا الصراف الذى يفتح الخزينة للسارقين لاحتجاز عائلة رهينة لا يكون متهما.

ويلاحـــظ أن ضـــحية الإكراه المعنوى يحتفظ دائماً بجزء ضيق من حرية الاختيار ولهذا تثار مسألة القدرة على مقاومة الإكراه التى ترتبط دائماً بمدى خطورة الـــتهديد الواقع عليه (فالجاسوس الذى يتصرف خوفاً من التهديد بالفضيحة حفاظاً على حياته الخاصة يسلم قبله بالإكراه)(٣)

فى حين أن الإكراه يصبح مرفوضاً بالنسبة لمالك إحدى الغابات فى الطريق

---

(١) لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، طبعة القاهرة ، ١٣٧٣هـــ ، جـــ٣ ، ص٣٦٨.

د / محمد أحمد مكين " مقالة سبق الإشارة اليها " ، ص٢٠٦.

(2)Canin. op. cit. P. 80., Salvage, op. cit. No. 89. P. 47.

(3)Desportes. et le Gunehec. Op. cit. No. 669. P. 582.

والـــذى يطلـــب القبض عليه لأنه يوفر مكان لإخفاء المسروقات الخاصة بالسارقين ولتوفيره ملجأ لقطاع الطرق الذين كانوا يهددونه (١) .

وأيــضاً لا يجــوز لصاحب المنزل الذى قبض عليه العدو فى عام ١٩١٤ التعلل بمسألة الإكراه النفسى حيث انه قبل تحت التهديد بقتل أفراد أسرته(٢).

وكذا لا يقبل التحريض وبخاصة الواقع من الشرطة قبل المتهم بهدف انتزاع الاعتراف منه(٣). ولكن يصح الأخذ بالإكراه للجزائرى الذى استضاف أعضاء الـــ FLN الذين كانوا يهددونه بالموت (٤).

ويتبــين مما سبق أن القضاء الفرنسى قد وضع تطبيقات محددة لهذا النوع مـــن الإكراه إلا أن المشكلة الأكثر حداثة والمثارة الآن هى مشكلة جماعات التبشير نظراً لتأثيرها الكبير على بعض الأفراد من أصحاب الشخصيات الضعيفة.

فهل يمكن تشبيه قضية التبشير والتى يقوم بها بعض المغالين بالحيل العقلية بحالة الإكراه المعنوى وإلى أى حد ؟

لازالت هذه المشكلة مطروحة ولا يزال مفهوم الاغتصاب العقلى غير محدد ، غير أن هناك لجنة تحقيق برلمانية تم تعيينها مؤخراً خلصت الى بعض النتائج فى يناير عام ١٩٩٦ حيث أنها لم تر من الملائم وضع حالات إدانة وتجريم جديدة لأنه مـــن المهـــم الحفـــاظ على حرية كل فرد ولأن التطبيق الصارم للإجراءات القمعية الموجودة يعتبر كافياً.

وفـــى الـــثالث عـــشر من نوفمبر من عام ١٩٩٦ تم تشكيل جهاز مراقبة الغرض منه تعزيز مراقبة أحوال هذه الجماعات وكان لهذا الجهاز هدفان.

---

(1)Cass. Crim 28 dec. 1900, D P, 1901, 1, 81, note le poitevim.

(2)Crim; 20 avril 1934 : S. 1935, 1, 398.

(3)Cass. Crim ;28 Oct. 1942 : D, 1943, note Donnedieu de vabres ; 2 Jull 1984 : J. C. P.

1989, 1, 3422. 065. naistre du Chambon.

(4)Cass. Crim 26 nov. 159, D. 1959, 301

أولا : تحليل قضية تطور الظواهر المتعلقة بالجماعات .

ثانيا : تقديم اقتراحات للحكومة تهدف الى تحسين وسائل المكافحة فى مجال قانون العقوبات وفى عام ١٩٩٨ حلت البعثة الوزارية لمكافحة هذه الجماعات محل هذا الجهاز [١] .

ثانياً : **الإكراه المعنوى الداخلى** (Contriante Morale interne)

وهو ينجم عن الأهواء والأنفعالات أو المذاهب الفلسفية والمتغيرات الدينية وهو بعكس الإكراه المعنوى الخارجى لا يؤخذ قانونا فى الاعتبار فهو لا يشكل سبباً للإفلات من المسئولية الجنائية.

علـــى ســـبيل المثال ، الشخص الذى يرفض علاج ابنه أو العناية به بسبب معـــتقداته الدينية[٢] ، وعليه فإنه ينبغى معاقبة زوجة الضابط الطبيب الذى ارسلته بخطـــاب مملوء بالشتائم إلى الوزير بسبب تخوفها من مسألة التقاعد المبكر لزوجها حيث أنها كتبت هذا الخطاب تحت تأثير إندفاع لا يقهر [٣] .

وكـــذلك الحـــال لمـــا حدث فى ولاية كاليدونيا الجديدة لدى اقتراب موعد الاستفتاء الشعبى ، حيث قرر العسكريون الكاليديون مقاطعة الاستفتاء واعلنوا حالة من التمرد ، رغم علمهم بأن من شأن ذلك تعرضهم للعقاب[٤] .

وقـــد أخـــذ علـــى القضاء السابق انه يعاقب العاجزين الذين يضطرون إلى ســـلوك ســـبيل الجريمة على الرغم من انهم مدفوعين من قبل قوة أعلى منهم تقهر إرادتهـــم الضعيفة فالعقاب هنا غير مجد ولن يمنعهم من تكرار الخطأ والعودة اليه لأن مريض الإرادة لا يمتلك إرادة كاملة. [٥]

---

(1) Borricand, op. cit. P. 146.

(2) Canin, op. cit. P. 80; Borricand. , op. cit. P. 146.

(3)- Cass. Crim 11 avril 1908. DP. 1908, 1, 261 انظـــر أيـــضا Cass. Crim 17 Fev. 1960 Bull., n. 96.

مشار اليه Borricand , op. cit. 146

(4)Colmar, 8 dec. 1987 : D. 1988, 131, note koering – joulin.

(5) Jeandider. Wilfrid, droit, pénal général, cujes 2e éd 1991. No. 362. P. 400

٥٣- أوجه الشبه والاختلاف بين الإكراه المادى والإكراه المعنوى :

يــرى بعض الفقهاء أن النصوص العربية التى عرفت الإكراه كالمادة ٢٢٧ مـــن قانون العقوبات اللبنانى ، والمادة ٢٤ من قانون العقوبات الكويتى ، ٨٨ ع – أردنـــى ، ٧٥ ع – الليبى والتى تشترط فى الإكراه المعنوى أن تكون مقاومة القوة المعنوية التى دفعت إلى الجريمة مستحيلة وأن يكون فى غير استطاعة المجنى عليه توقع تعرضه لها.

ولكـــن هذين الشرطين لا يجوز أن يفهما على ذات النحو الذى فهما به فى الإكـــراه المـــادى بالنظر للاختلاف بين نوعى الإكراه من حيث طبيعة كل منهما ، فالإكـــراه المادى يعدم الإرادة ولذلك تفهم استحالة المقاومة والتوقع على نحو مطلق أمـــا الإكـــراه المعنوى فلا يعدم الإرادة ولكن ينفى حريتها واختيارها فحسب ولذلك تفهـــم استحالة المقاومة والتوقع وفق مدلول اجتماعى – لا وفق مدلول مادى فيكفى أن يكون فى غير الاستطاعة طبقا للغرائز الإنسانية أو مشاعر التضامن العائلى او الاجتماعى تحمل الأذى الذى يهدد الإكراه به نظير الامتناع عن السلوك الذى يدفع ذلك الإكراه إليه[١]

ويذهب رأى فى الفقة الفرنسى إلى أن القوة فى الإكراه المعنوى تؤدى إلى ضغط شديد على إرادة المكره فتنعدم حرية الاختيار لديه بحيث يجد نفسه أمام عدم القـــدرة المطلقـــة على التصرف أو المقاومة نتيجة لشل إرادته أو إنعدامها ومن ثم ينعدم الركن المعنوى للجريمة [٢] فالقرار حينما يتخذ فى النهاية من قبل الفاعل فى حالـــة الإكـــراه المعنوى إنما يتم بصورة غير طبيعية لأنه وليد عوامل أجنبية عن اختيار المكره ولذلك فلا يمكن أن ينسب الفعل بدوافعه الأجنبية إلى الفاعل.

ومن ثم فإن الاختلاف بين نوعى الإكراه ينصب على الوسيلة المؤثرة على الإرادة فبيـــنما تكون هذه الوسيلة فى الإكراه المادى مباشرة ، ففى الإكراه المعنوى تكـــون غيـــر مباشرة . والفاعل حينما يستجيب للقوة بعد مداولة نفسية أسفرت عن

---

(١) د / محمـــود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات اللبنانى ، مرجع سابق ، ص٥١٠ ، ومن أنـــصار هذا الاتجاه – د / محمد على السالم عياد الحلبى ، مرجع سابق ، ص٢٧٨ - د/ عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص٢٧٨.

(2)Salvage – Op. cit. No 5. P. 46, Canin. Op. Cit. P. 80.

انسياقه الى فعله بعد يأس وأسف فذلك يعنى انه استنفذ كل الحلول الممكنة ولم يعد أمامه إلا تصرف واحد وهو فعل الجريمة ومادامت العبرة بسلطان القوة التى حجبت الإرادة عن الفعل فلا أهمية إذن للوسيلة فى القانون الجنائى[1] .

ويترتب على هذا المفهوم أن الإكراه المعنوى الداخلى والذى يكون قاصراً على التأثير على الميول والعواطف لا يعتد به وبالتالى لا تستبعد المسئولية الجنائية [2] .

فالقوة تتسبب فى فقد السيطرة الإرادية فى الإكراه المعنوى ، مما يؤدى لإنعدام السلوك كما هو فى الإكراه المادى مما يجعل الفاعل يواجه قوة لا قبل له على ردها ، فمن حيث النتيجة فلا جدوى من العقاب . ومن ثم لا فارقة بينهما من حيث تأثيرهما على الإرادة .

وهذا السبب الذى يرجع إلى انعدام الإرادة أو تلاشيها يجعل القوتين متماثلتين من حيث الطبيعة القانونية [3]

٥٤ـ موقف القضاء المصرى :

ذهبت محكمة النقض إلى القول بأن " الإكراه المادى هو القوة التى يستعين بها الجانى فى التغلب على مقاومة المجنى عليه ليتسنى له ارتكاب الأفعال الخادشة للعرض . أما التهديد فيقصد به الإكراه المعنوى[4] كمن يهدد امرأة بقتل وليدها إذا لم تسمح له بالامساك بقبلها ، أو من يعبث بصدر امرأة وهو ممسكاً بسلاح يهددها به " .

---

(١) د/ زنون الرجبو ، مرجع سابق ، ص٨٩ ، ومشار اليه د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٨٩.

(2)Jeandidier – op – cit. No. 362. P. 400

(٣) د / زنون الرجبو ، مرجع سابق ، ص٩٣.

(٤) نقض ١٩٣٦/١١/٢٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج٤ ، رقم ١٦ ، ص ١٨ ، وقضى تطبيقا لذلك بانه " من المقرر أن ركن القوة أو التهديد فى جريمة هتك العرض وركن الاكراه يتحقق فى جريمتى اغتصاب السندات والشروع فيها بالتهديد – يتحقق بكافة صور انعدام الرضا لدى المجنى عليه ، فهو يتم بكل وسيل قهرية تقع على الأشخاص بقصد تعطيل قوة المقاومة أو إعدامها عندهم تسهيلا لارتكاب الجريمة . نقض ١٩٦٣/٦/٢١ ، احكام النقض ، س١٤ ، رقم ١١٧ ، ص ٦٣٩ – نقض ١٩٨٩/٢/٢ ، س ٤٠ ، رقم ٣٢ ، ص ١٨٥

وفـــى حكـــم أخر " إن عدم الرضا المنصوص عليه بالمادة " ٢٣٠ ع كما يـــتحقق بوقـــوع الإكراه المادى على المجنى عليها فإنه يتحقق كذلك بكل مؤثر يقع على المجنى عليها من شأنه أن يحرمها حرية الاختيار فى الرضا وعدمه سواء أكان هـــذا المؤثر آتياً من قبل الجانى كالتهديد والسكر والتنويم المغناطيسى وما أشبه أم كان ناشئاً عن حالة قائمة بالمجنى عليها كحالة النوم والإغماء وما أشبه [١]

وهـــذا هـــو أيضا رأى القضاء الفرنسى حيث استقر فى بعض أحكامه من ضـــرورة تماثل القوتين المادية والمعنوية من حيث الأثر القانونى على إعدام حرية الاختيار متى بلغت القوة حداً من الجسامة وعاصرت هذه القوة زمن قيام الفعل [٢]

ونحـــن مـــن جانبنا نؤيد ما انتهى إليه الفقه المصرى من حيث أن الإكراه المـــادى يؤدى الى تلاشى الإرادة كلية ويعدمها بحيث يصبح الفاعل كأداة فلا محل لحـــرية الاختـــيار لديه بينما فى حالة الإكراه المعنوى لا تنعدم الإرادة كلية بل هى باقية ولكن تضيق حرية الاختيار ويستطيع المكره الموازنة بين - الفعل أو الامتناع - المكره عليه وبين تحمل الضرر وفقا لمقدرته الشخصية.

(١ نقض ١٩٢٨/١١/٢٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـــ١ ، رقم ١٦ ، ص٢٢ – نقض ١٤/٥/١٩٥١ ، احكام النقض ، س٢ ، رقم ٣٧٩ ، ص ١٠٧٩ .

(2) Cass. Crim 15 june. P. 965. No. crim 12 dec. 1905, 1906. P. 443

Cass. Crim 29 avril 1960 gaz, pal . 1960 . 2 . 15 .

وقـــضى أيـــضا بتوافر الإكراه المعنوى حينما هدد رجل بوليس امرأة بوضعها فى السجن إذا لم تسمح له بمواقعتها وقد تم له ما أراد .

Cass. Crim . 19 avril 1960 . Préc .

أو التهديد بترك ابنه المجنى عليها حديثة الولادة فى مكان خال

Cass. Crim . 13 Janv 1968 , Bull. No. 32 .

المطلب الثانى
حـالـة الضـرورة

٥٥ـ المعنى اللغوى للضرورة :

الـــضرورة اسم للاضطرار الذى هو الإلجاء بالقوة والقهر [(١)] فالاضطرار الـــى الشئ ، الإلجاء إليه وهذا الإلجاء عام يشمل ما إذا كان الملجى إنسان أو غيره أى أن الضرورة تقوم بغض النظر عن المصدر الذى نشأت عنه " لأن الاضطرار إلـــى الـــشئ هو الإلجاء إليه ، وهذا الإلجاء عام يشمل ما إذا كان الملجئ إنساناً أو غيره " [(٢)] فالضرورة تطلق على ما أكره عليه وعلى ما تدعو الحاجة اليه دعاء قويا ... وعلى ما سلب فيه الاختيار على الفعل والترك كحركة المرتعش فهى مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدافع له [(٣)]

٥٦ـ المعنى الفقهى للضرورة :

تعـــددت تعريفات الفقهاء لحالة الضرورة فبينها بعضهم بصورة عامة وحدد آخرون حالاتها.

ومـــن أنـــصار الاتجاه الأول من يعرف حالة الضرورة بأنها مجموعة من الظـــروف تهـــدد شخصا بالخطر ، وتوحى إليه بطريقة الخلاص منه بارتكاب فعل إجرامى معين[(٤)]

---

(١) وقـــوله تعالـــى " فمن اضطر غير باغ ولا عاد " ... سورة البقرة الآية (١٧٣) – أى فمن الجـــئ إلى أكل الميتة وما حرم وضيق عليه الأمر بالجوع – فالضرورة اسم لمصدر لمصدر الاضطرار فتقول حملتنى الضرورة على كذا وكذا وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا ، وأصله من الضرر ...

ابن منظور ، مرجع سابق ، باب الراء فصل الصاد ، جـ١٩ ، ص٨٣٤

(٢) محمد زكريا البرديسى ، مقال سابق ، ص٢

(٣) د / يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص٧٦.

(٤) وحالـــة الـــضرورة قديمة قدم القانون الجزائى ، فقد اعترف بها القانون الرومانى واستند فى تعليلها الى انتفاء القصد Dauls ، واعترف بها القانون الجرمانى وعللها بزوال سلطان القانون حيث تتوافر ظروف الضرورة وقد لخصت هذا الحكم – قاعدة (الضرورة لا تعرف بقانون) Not kennt kein gebot وقد انتقلت هذه القاعدة بعد ذلك الى فرنسا حيث عبر عنها بالقول (الـــضرورة لا يحكمها قانون) Necessitén à pas loi وقد اعترف فقهاء العصور الوسطى بحالة الضرورة ، وكانت اهم تطبيقاتها حالات السرقة فى سنوات القحط والمجاعة واستندوا فى تعليلها الى نوع من شيوع الأموال فى هذه الظروف الاستثنائية . د / محمود نجيب حسنى ، شـــرح قانـــون العقوبات اللبنانى ، مرجع سابق ، بند ٥٠٢ ، ص ٥١٢ – د / محمود محمد مصطفى ، مرجع سابق ، ص٢٨٦.

فــى حــين يذهب أنصار الاتجاه الآخر إلى تعريف جريمة الضرورة بأنها الجــريمة التى يرتكبها شخص لوقاية نفسه أو نفس غيره أو ملكه أو ملك غيره من خطر جسيم محدق [1] .

هــذا ونجــد أن المشرع المصرى قد نظم حالة الضرورة فى المادة (٦١) عقوبات " لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أوغيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به او بغيره ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى ."

ويلاحــظ على هذا النص أنه يعالج حالتين مختلفتين تماما هما الحالة التى يهــدد فــيها الخطر نفس الجانى وتلك التى يرتكب فيها الجانى الجريمة دفعاً لخطر يهدد غيره وبغض النظر عن مبلغ صلته به [2]

ومــن أمــثلة الضرورة أن تغرق سفينة فيتعلق شخصان بقطعة من الخشب طافية ثم يتبين أنها لا تقوى على حملهما معا فيبعد أحدهما الآخر عنها وينجو بنفسه ويهلك زميله ، أو أن تشتعل النار فى مبنى فيندفع شخص إلى الفرار فيصيب طفلاً بجراح أو يقتله ، أو أن يقضى الطبيب على الجنين إنقاذا لحياة الأم فى ولادة عسيرة ، أو أن يــشهد شخص بناء حاصرت النيران فيه سكانه فيحطم باب مسكن مجاور ويستولى على الماء المملوك لحائزه ويستعمله فى إطفاء الحريق[3] .

ويــذهب الفقــة الفرنسى إلى تعريف الضرورة بأنها الموقف الذى يجد فيه الإنسان نفسه أمام خطر ما ويضطر لإرتكاب أى عمل يرفضه القانون حماية لحياته ومصالحه الهامة .[4]

فالضرورة تسمح للإنسان بخرق القانون لتجنيب نتائج قد تكون أفظع وأشد

---

(١) د / محمد ذكى أبو عامر ، قانون العقوبات " القسم العام " ، مرجع سابق ، ص١٧٠.
(٢) د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، بند ١٨٢ ، ص ٣٠٢ .
(٣) د/ جــلال ثروت ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، مرجع سابق ، بند ٤٢٦ ، ص ٤٣٣ – د/ عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦.
(4)Colmar 6 dec. 1957, D, 1958 , 357 .

ضرراً مما ارتكبه هو للدفاع عن نفسه [1].

وقد نص قانون العقوبات الفرنسي على حالة الضرورة فى المادة (١٢٢ - ٧) لا تقــع المسئولية الجنائية على من ارتكب جريمة ألجأته إلى إرتكابها ضرورة حماية نفسه أو غيره أو ماله إذا ما وجد نفسه فى مواجهة خطر حال وشيك يهدده أو يهدد غيره أو ماله [2]

وهــذا النص يحدد موقف الفرد الذى يختار ارتكاب الجريمة ليتجنب خطراً محــدق بــه أو بغيره أو ماله شريطة أن يكون هذا الخطر محتملاً ووشيك الوقوع ويلاحظ أن حالة الضرورة تترك لمرتكب الجرم حرية الاختيار والإرادة نظراً لأنها تتــيح له اختيار ارتكاب جريمة على ضوء الموازنة بين مصلحتين الأولى المعتدى علــيها والأخــرى التى يهدف إلى حمايتها ويجب فى الأخيرة أن تكون ذو قيمة أو

---

(١) Desportes, et le guenehec, op . cit. No. 742. P. 637 .

وفــى فتــرة الخمسينات (١٩٥٠) بفرنسا أقرت المحــاكم حالــة الــضرورة واعتبرتها عملا مباحاً واصبحت تعرف بانها " الموقف الذى يجد الــشخص نفــسه فيه ليس امامه وسيلة اخرى سوى ارتكاب فعل يجرمه القانون وذلك بهدف حماية مصلحة عليا "

ولقــد أقرت محكمة النقض نفس المبدأ فى العديد من احكامها . راجع حكمها الصادر فى ٢٥/٦/ ١٩٥٨ ، وأكدت ذلك فى أحكامها الصادرة سنة ١٩٦٦ ، ١٩٦٨ ، راجــع

Boricant et simon, Op. Cit, P. 115

(٢) وأصــبحت حالة الضرورة عملا مبرراً يستمد أصله من القانون ولقد ظلت هذه الحالة لفترة طويلة تشتبه بحالة الإكراه النفسى.

Cass. Crim 15 nov. 1856 ; B. n. 358., 16 mai 1934 : DA 1934, 367. Trib. Corr. Dijon, 27 fev. 1968 JC P, 68, II, 15501.

ثم وضع لها القانون قاعدة أخرى وهى غياب النية فى ارتكاب الفعل ، غير أنها تعرضت للنقد.

Cass. Crim 27 janv. 1933 : Gaz. Pal. 1933, 1, 489

وأخيراً أصبح لها شكلها المستقل

(Crim 28 juin 1958 : D. 1958, 693, note M. R. M. P., JC. P. 59, II, 10941, note larguiter: Rev. SC. Crim, 1959, 111, obs. Legal.)

مصلحة عليا. [1] مثل من يستحم فى البحر ثم تختفى ملابسه فيضطر لسرقة إحدى الملابـــس مـــن غسيل آخر يستر به نفسه ، حتى لا يسبب جريمة جنسية أو الباحث الذى يقتل الحيوان لاستخراج الأمصال منه ، أو السائق الذى ينحرف ويصعد فوق الرصيف فيتلف حاجزاً أو سوراً تفادياً لأن يصطدم بأحد المشاة[1] .

والملاحظ فى حالة الضرورة ، أنها لا تفقد من يقع فيها قدرته على الاختيار فقداً تاماً وإنما هى فى حقيقة الأمر تضعفها الى حد جسيم بأن تضعه بين أمرين إما الإمتناع عن أرتكاب الفعل الجرمى وتحمل الخطر المهدد به وإما ارتكاب الجريمة لتلافى الخطر ، فيختار أهون الضررين مرتكباً جريمة الضرورة [2].

(1) CAPOGNE. Op. cit. No 74. P. 41.

(2) Desportes et le guenehec, op. cit. No 747. P. 640.

(٣) د/ محمـــد زكـــى أبـــو عامر ، قانون العقوبات " القسم العام " ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٦ ، بند ٨٨ ، ص ٢٣٠ .

المطلب الثالث
أوجه الشبه والاختلاف بين
الإكراه المعنوى وحالة الضرورة

٥٧- أوجه الشبه :

يذهب جانب من الفقه إلى حد التوحيد بين استعمال اصطلاحى " الإكراه المعنوى " و " حالة الضرورة " على أنهما مترادفان [١] فى حين يذهب الرأى السائد إلى اعتبار الإكراه المعنوى صورة خاصة من الضرورة يميزها صدور التهديد بالخطر عن إنسان يقصد حمل الفاعل على اتخاذ مسلك إجرامى معين [٢]

فالضرورة تتفق مع الإكراه المعنوى فى أن الجريمة الناشئة من كل منهما تصيب إنساناً بريئاً وفى أن ركنها المعنوى قائم بجانب ركنها المادى وهذا ما انصرف اليه ذهن المشرع فجمع بين الحالتين فى نص المادة (٦١) بوصفهما يتضمنان شيئاً واحداً [٣]

---

(١) د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، بند ١٨١ ، ص٣٠٠ ، د / رؤوف عبيد ، التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون ، دار الفكر العربى ، ط ٣ ، ١٩٨٤ ، ص٥٢١.

(٢) د / على راشد ، مرجع سابق ، ص٣٤٦ - د / محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، بند ٣٢٧ ، ص٤٧٦ -د/ هلالى عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص٥٠٦ - د/ محمد سامى النبراوى ، مرجع سابق ، ص٤٢٠.

(٣) جريمة الضرورة تتميز بكونها جريمة تصيب شخصا بريئا دفعا لضرر جسيم على النفس ، تهدد به الطبيعة فاعل الجريمة نفسه أو شخصا آخر غيره ، أو يهدد به إنسان ما ، شخصا آخر غير فاعل الجريمة وبناء على ذلك لا تتعدى حالة الضرورة فروضاً ثلاثة.

الأول : أن يرتكب إنسان جريمة على شخص برئ وذلك ليدفع بها عن نفسه ضرراً جسيما تهدد به الطبيعة.

الثانى : أن يرتكب إنسان جريمة على شخص برئ وذلك ليدفع بها ضرراً جسيما تهدد به الطبيعة نفس إنسان آخر غيره.

الفرض الثالث : أن يرتكب الإنسان جريمة على شخص برئ وذلك ليدفع بها ضرراً جسيماً يهدد به أحد الأشخاص إنساناً آخر غيره.

والقاسم المشترك فى كافة فروض جريمة الضرورة وكذلك الإكراه المعنوى أن الجريمة تصيب شخصاً بريئاً ...

د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص٨٠٨.

٥٨- أوجه الاختلاف :-

١. يفترض الإكــراه المعــنوى ضغطاً موجها إلى إرادة الجانى بفعل الإنسان وبــشرط أن يــؤدى إلـــى تجــريد إرادة الجانى من حرية الاختيار أما حالة الــضرورة فإنهـــا تفتــرض تعرض الجانى لخطر جسيم على النفس أيا كان مصدر هذا الخطر سواء كان بفعل إنسان أو بفعل الطبيعة دون أن يشترط فى هــذا الخطــر أن يــصل إلـــى حد شل إرادة من تعرض له بل إنه فى حالة الــضرورة يمارس الجانى حرية الاختيار رغم ضعفها بسبب الخطر الجسيم المحدق به[1] .

---

(١) ومــن نماذج جرائم " الإكراه والضرورة " والتى أثيرت أمام محكمة الاستئناف – بالولايات المــتحدة (دى) ســائق تاكــسى مــن أصل كولومبى وقع تحت تهديد بعض تجار المخدرات وأجبــروه علـــى ابتلاع بالونات مليئة بالكوكايين والسفر بها للولايات المتحدة وإلا قاموا بقتل زوجته وطفلته.

ولم يقم (دى) بإبلاغ البوليس لاعتقاده أن رجال البوليس جميعا مرتشين.

الإجراءات : رفضت المحكمة الاعتراف بعنصرى الإكراه والضرورة كما أراد الدفاع.

والسؤال هنا : هل أخطات المحكمة برفضها الاعتراف بعنصر الإكراه والضرورة ؟

قبل أن نجيب ... علينا بتحليل الواقعة

نجــد توافــر عنــصر الإكراه حيث كان هناك تهديد فورى لحياة الأسرة وكان هناك خوف له ما يبــرره مــن جانب السائق الذى لم يجد أمامه أية فرصة للتخلص من هذا التهديد – إضافة إلى قدرة من قاموا بتهديده على التنفيذ الفورى لما يهددونه به.

ومن ثم نجد توافر عنصر الإكراه دون عنصر الضرورة – والسبب إن ما قام به (دى) ناتج عن تهديــد بــشرى – وهذا التحليل هو ما أخذ به المحلفون. United states court of appeals, Ninth cricuit, 1984.

وهــذا يتطلب القضاء الفرنسى فى الضغط على إرادة شخص فى حالة الإكراه المعنوى أن يكون قــوياً مباشــرا إلى الدرجة التى يمكن معها القول بأنه قد نال من حرية فى الاختيار وقد قبلت محكمــة النقض الإكراه المعنوى كسبب لامتناع المسئولية فيما اعتبرته جرائم مادية من ذلك ما قضت به من عدم مسئولية محكوم عليه بالاشغال الشاقة ارتكب جريمة هروب بناء على أوامر حراسة ، وجندى ألمانى قام بأعمال تصوير غير مشروعة بناء على أوامر رؤسائه العسكريين ...

د / عبد العظيم موسى وزير ، افتراض الخطأ كأساس للمسئولية الجنائية " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، بند ٢١ ، ص٨١.

عير ان البعض يذهب الى أن حالة الضرورة قد تتحول فى الحقيقة إلى حالة إكراه وذلك نظرا لأن مسألة الاختيار لا تكون حقيقية[٢] .

٢. يفتـرض الإكراه المعنوى وجود صراع بين إرادتين تغلب فيها الأولى على الثانية ، فلا يملك صاحب الإرادة الثانية إلا أن ينصاع لاتجاه الإرادة الأولى .

أمـا حالـة الضرورة فإنها تفترض وجود صراع بين مصلحتين فيضحى المضطر بالمصلحة الأقل أهمية فى سبيل مصلحة أخرى أجدر بالرعاية[٣]

٣. لا يشترط القانون فى الخطر الذى يتعرض له المكره شروطاً معينة بل يكفى مجرد تعرض المكره لضغط جسيم على إرادته يؤدى إلى تجريدها من حرية الاختيار.

---

(1) Canin. Op. cit. P. 80.

(٢) د/ أحمـد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، الطبعة السادسة ، مرجع سابق ، ص ٥١٣.

- ويـذهب البعض إلى ان امتناع المسئولية تأسيساً على " تنازع المصالح " وترجيح أحداهما ، لوجود تعارض بين حقين أو مصلحتين بحيث لا يمكن إنقاذ أحدهما إلا بإهدار الآخرى. رأى معيب إذ أن الأستناد إلى فكرة التنازع بين المصالح مؤد إلى اعتبار الضرورة سبب إباحة إذ أن إهـدار حـق قلـيل القيمة فى سبيل صيانة حق أكثر قيمة هو رعاية لحقوق المجتمع فى مجموعها ، وهذا التكيف يناقض خطة الشارع التى تعتبر الضرورة مانع مسئولية. انظر فى ذلك . د/ محمود نجيب حسنى، مرجع سابق ، ص٥٦٥.
- ويلاحـظ أن القضاء الفرنسى قد قبل حالة الضرورة كسبب للإعفاء من المسئولية فى الجرائم المادية ففى مجال المرور قضت محكمة النقض بعدم إدانة سائق دراجة شاهد سيارة تندفع فى الاتجاه المضاد فانحرف يساراً لكى يتجنب الاصطدام.
- نقض ٢٧ يناير ١٩٣٣ بلتان ٢٣ – وانظر أيضا.
- Trip. Pol. Avesnes – sur Helpe. 12 dec 1964, gez. pal. 1965 – 1-91.
- كمـا قـضى بعـدم مـسئولية طبيب استدعى لانقاذ مريض فى حالة خطرة فتجاوز السرعة المقررة.

Trip. Pol. Marsannel 1 mars 1910, S. 1910, somm.

وقد ذهب البعض[1] من أنصار اعتبار الضرورة مانعاً من موانع المسئولية كالإكـــراه المعـــنوى وجوب توافر الضرورة لقيام الإكراه المعنوى وهو قول يدعو للـــتأمل ذلـــك أن هـــناك جانب آخر من الفقة يدعو إلى أن الضرورة تعد سبب من أسباب الإباحة ، بينما الإكراه من موانع المسئولية [2].

٤. فـــى الإكراه المعنوى يوجد شخص مسئول عن الجريمة وهو من صدر عـــنه الخطر ، أما فى حالة الضرورة فلا يوجد مسئول يمكن أن يسند إليه الفعل المرتكب[3] .

---

(١) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٥٦.

د / مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص٣٦٨.

د / هلالى عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص٥٠٦.

(٢) د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٤٧٧

د / أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، ١٩٨١ ، مرجع سابق ، ص٥٢٢ ... حـــيث يـــذهب إلى أن الإكراه المعنوى لا يستند فى تقديرنا إلى نص المادة – (٦١) التى عالجت حالـــة الضرورة ، وإنما يستند إلى أساس المسئولية الجنائية فى تشريعنا وهو حرية الاختيار ، وإلـــى فكرة الأهلية الجنائية ولذلك فإنه إذا كان يجوز فى الضرورة ارتكاب الجريمة من أجل وقاية نفس الغير ، أيا كان علاقته بالجانى فلا يجوز ذلك فى حالة الإكراه إلا إذا كان لهذا الغير صلة وثيقة بنفس المكره بحيث يعتبر الخطر الذى يهدد الغير خطراً يهدد الشخص المكره نفسه وهـــذا الخـــلاف يؤكد التمييز بين طبيعة كل من الضرورة والإكراه المعنوى. وتمشياً مع ذاتية شروط الإكراه المعنوى فنرى أنه يؤدى الى امتناع المسئولية متى كان يهدد مال المكره بشرط أن يكـــون لهـــذا المال قيمة حيوية بحيث يؤثر هذا التهديد فى إرادة صاحب المال على النفس. وأخيـــراً فإن تنظيم المشرع لشروط الضرورة يتفق مع وصفها كسبب للاباحة ولكن لا يتفق مع الاكراه المعنوى .

- سوف نتناول هذا الخلاف تفصيلاً فى الصفحات القادمة.

(٣) د/ أحمد عبد العزيز الألفى ، شرح قانون العقوبات ، بدون جهة نشر ، ١٩٨٨ ، بند ٦٤ ، ص٤٢٩ .

ومشار اليه د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٨٣.

المبحث الثانى
شروط الإكراه المعنوى وحالة الضرورة

٥٩ـ تمهيد وتقسيم :

ليس فى قانون العقوبات نص يبين حكم الإكراه المعنوى بل انه لا ذكر فيه لهـذا الإكــراه أصلاً. وإذا كان الفقه والقضاء يرتبان على الإكراه أثراً فلأنه يجعل المكــره فــى حالة ضرورة وهذا يقتضى القول بأن للإكراه حكم الضرورة وعلتها وشروطها جميعاً. (١)

وقد حدد المشرع فى المادة (٦١) من قانون العقوبات شروط حالة الضرورة وهــى تــسرى على الإكراه المعنوى باعتباره صورة من صور حالة الضرورة(٢) وذلــك باعتــبار أن من يرتكب جريمة تحت تأثير الإكراه المعنوى يكون فى حالة يصدق عليها من باب أولى وصف حالة الضرورة وعلى هذا يمكن القول بأن حالة الضرورة وصف شامل يدخل فى مدلولها حالة الإكراه المعنوى(٣).

---

(١) د/ عوض محمد ، قانون العقوبات " القسم العام " ، مرجع سابق ، بند ٤٠١ ، ص٥٠٠.

(٢) أ. د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٥٦

د / جلال ثروت ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص٥٤٦

د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٥٤٦

(٣) وقــد أثارت جريمة الضرورة منذ أقدم التشريعات مناقشة فقهية حول مسئولية مرتكبها سواء أكانــت قــد ارتكــبت تحت تأثير الإكراه المعنوى أم ارتكبت فى حالة الضرورة وفقا للمعنى الاصطلاحى ، والحقيقة هى انه كان من المسلم به دائما أن المتهم فى مثل هذه الحالة لا يمكن – كقاعــدة عامة – أن يسأل جنائياً عن جريمة الضرورة إلا أن المناقشة انصبت مع ذلك على معــرفة الأساس الذى يستند اليه إعفاء المتهم من المساءلة الجنائية عن جريمة الضرورة ، لأن هذا الأساس يحدد الشروط اللازم توافرها لقيام تلك الحالة.

- وقــد ذهب رأى إلى القول بأنه علة الإعفاء من المسئولية قائمة فى شخص المتهم وذلك على اعتــبار أن حالة الضرورة توجد هذا الأخير فى موقف يفقد فيه اختياره أو يكاد ، مما يجيز إعفاءه من تحمل التبعة الجنائية عما يأتيه من الأفعال تحت تأثير هذا الضرب من (الإكراه) ... د/ محمــود نجــيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٦٤ ، د/ مأمون محمد سلامة، مرجع سابق ، ص ٣٦٨ ، د/ محمد مصطفى القللى ، المسئولية الجنائية ، مرجع سابق، ص ٤٠٦=

والشروط التى حددها المشرع بعضها يتعلق بالخطر وبعضها يتعلق بالفعل الذى يدفع به هو الخطر.

وعلى هذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتى :

الأول : شروط الخطر.

الثاني : شروط جريمة الضرورة .

- ولكــن غالبية الآراء تتجه نحو إرجاع الإعفاء إلى سبب موضوعى كائن في ذات الواقعة ، أى القــول بــأن حالة الضرورة تجعل من جريمة الضرورة ذاتها عملاً مباحاً ... د/ أحمد فتحى ســرور ، مــرجع سابق ، ط ٤ ، ص ٢٠٣، د/ السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانــون العقوبات بدون جهة نشر ، ١٩٦٢ ، ص ٤٤٧ ، د/يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص ١٣٥ ، د/ عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص ٢٧٤ .

ويــبدو أن الشارع المصرى قصد أن يذهب إلى ضرب من التوفيق بين المذهبين المتقدمين . فهو فى الظاهر يبنى الإعفاء من المسئولية فى حالة الضرورة على سبب شخصى هو فكرة الإكراه المعنوى المعدم للاختيار ، إلا انه فى الحقيقة لا يقصر هذه الحالة على صورة الإكراه المعنوى دون غيــرها وإنما هو يوسع من نطاقتها بحيث تضم صوراً أخرى لا سبيل إلى تبريرها أصلا إلا بــسبب موضــوعى مستمد من المصلحة أو عدم فائدة العقاب وهو يصل مع ذلك إلى هذه النتــيجة ، مع بقائه فى حدود فكرة الإكراه المعنوى ، عن طريق القرينة والافتراض وذلك بأن يتطلب لقيام حالة الضرورة فى مثل هذه الصور الوفاء بشروط معينة يفترض مع توافرها تحقق الإكــراه المعنوى حكما إن لم يكن فعلا ... د / على راشد ، القانون الجنائى " المدخل وأصول النظــرية العامة " ، مرجع سابق ، ص٣٤٧ ... د / على راشد ، د / يسر أنور على ، شرح النظرية العامة للقانون الجنائى ، مرجع سابق ، ص٣٥٩.

المطلب الأول
شـــروط الخطـــر

٦٠ـ تحديدها :

مـــن المجمع عليه فقهاً وقضاءً أن الشروط المتطلبة فى الخطر عملاً بنص المادة (٦١) عقوبات هو :

أولا : أن يكون الخطر مهدداً للنفس.

ثانيا : أن يكون جسيما .

ثالثا : أن يكون الخطر حالا.

رابعا : ألا تكون لإرادة الفاعل دخل فى حلوله.

٦١ـ (أولا) قيام خطر على النفس : -

قـــدر المـــشرع المصرى أن المصالح المتعلقة بالنفس هى وحدها الجديرة بالـــرعاية فى صراعها مع المصالح الأخرى ، فقصر إباحة الفعل الضروري على الأحـــوال التـــى يكـــون فـــيها الخطر مهدداً للنفس وبناء على ذلك فلا تتوافر حالة الضرورة إذا كان الخطر مهدداً للمال فقط مهما بلغت جسامته [١]

ولكـــن الـــسؤال الذي يتبادر الآن ماذا نعنى بالنفس ؟ هل نعنى بها السلامة الجسمية والحياة فقط أى الجانب المادي منها . ، أم أنها تحمل المعنى الواسع فتشمل الكيان المعنوي أيضا ؟

الـــرأى الغالب فى الفقه الحديث وهو الأولى بالاتباع أن يكون الخطر يهدد الـــشخص فى حياته أو سلامة جسمه أو يهدده فى شرفه واعتباره وحريته فالحقوق المعنوية اللصيقة بالشخص يمكن درء الخطر المهدد لها استنادا إلى حالة الضرورة.

فمـــن تفقد ملابسها أثناء استحمامها بالبحر يمكن أن تستحوذ على منقولات مملـــوكة للغيـــر سترا لعورتها استنادا إلى الضرورة . ومن ينتزع خطابا من أخر ويمـــزقه عـــند تقديمـــه لثالث لأثبات علاقة غير مشروعة مع أنثى متزوجة يمكنه الاحتجاج بحالة الضرورة [٢].

---

(١) د / أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، مرجع سابق ، بند ٢٢٦ ، ص ٣٨٨

(٢) د / مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص٣٦٩. - د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٦٦ - د/ عبد المهيمن بكر ، القصد الجنائى ، مرجع سابق ، ص١٨٩.

ولكـــن بعض الفقهاء يذهب إلى القول بوجود شك فى معرفة ما إذا كان « يتهدد العرض يعد من قبيل الخطر الجسيم الذى يبرر الضرورة .

وعلـــى كـــل حـــال فتقدير ما إذا كان الخطر جسيماً فى المعنى الذى يمنع المساءلة عن جريمة الضرورة مسألة تتعلق بوقائع كل دعوى والفصل فيها متروك لقاضـــى الموضـــوع ، علـــى أن يضع نفسه فى موقف المتهم ويقيس بمقياسه فى الظـــروف التى أحاطت به. ولكن من المتفق عليه أن وصف (الخطر الجسيم على الـــنفس) لا يـــصدقه على ما يهدد الإنسان فى شرفه أو سمعته فلو أن فتاة حملت ســـفاحاً ، وعمـــدت إلى اجهاض نفسها أو قتل وليدها خشية العار فإنها لا تفلت من العقاب على أساس الضرورة(١) .

ومـــن جانبـــنا نـــرى عدم الاعتداد بحالة الضرورة هنا حيث أن الفتاه كان لارادتهـــا دخـــل فى حدوثها . وبذلك انتفى الشرط الذى نصت عليه م ٦١ عقوبات صراحة .

ولقد ثار خلاف فقهى بشأن هذا المثل ، والسائد فقها أن هذه الفتاة ليست فى حالـــة ضـــرورة ، ولكن اتجاها آخر يرى التفرقة بين ما إذا كان الاتصال الجنسى الذى ترتب عليه الحمل قد تم برضا الفتاة أم نتيجة اغتصاب فإذا كان قد تم برضاها ، فـــلا ضرورة ، سواء أجهضت نفسها أو قتلت بنفسها وليدها ، لأن لإرادتها دخلاً فـــى نـــشوئه ، أمـــا إذا كانت قد اغتصبت ثم أقدمت على القتل، فهى تعاقب لعدم التناســـب بـــين سلوكها وما يتهددها من خطر ، وإذا أجهضت نفسها فهى لا تعاقب لتوافر كل شروط الضرورة(٢)

والرأى هو عدم مسايرة هذا الاتجاه فى التفرقة التى قال بها ذلك لأن الحق فى الحياة هو حق الحياة بالنسبة لسائر البشر والذى يسمو على سائر الحقوق جميعاً – لا يفـــصله إلا واجب الدفاع عن الوطن هو وحده الذى يسمو على حق الحياة – ولـــذلك فإنه لا يبدو مقبولاً إهدار حياة الجنين فى سبيل صيانة العرض ولم يقل أحد

---

(١) د / علـــى راشد ، د/ يسر أنور على ، شرح النظرية العامة للقانون الجنائى ، مرجع سابق ، ص٣٦٢.

(٢) د/ أحمد عبد العزيز الألفى ، مرجع سابق ، ص٤٢٩ – د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص١٠٨.

بالمفاضـــلة بـــين حياة فرد وآخر وإن كان من المقبول هو ترك الأمر إلى القاضى ليخفف عقوبتها فى حدود سلطته التقديرية. (١)

ومن ناحية أخرى يستوى أن يكون الخطر مهدداً نفس الفاعل أو مهدداً نفس غيـــره ودون اعتبار لمبلغ صلته بهذا الغير أى حتى ولو كانت لا تربطه به علاقة علـــى الإطـــلاق فمتى تحقق الخطر فى المعنى المتقدم فلا عبرة بأن يكون قد تهدد نفس (المتهم) أو نفس الغير ، إذ النص صريح(٢) .

مثال ذلك حالة الأم التى تسرق الأطعمة لتنقذ أطفالها من الهلاك جوعاً ، أو رجـــل المطافئ الذى يهدم حائط المنزل أو يكسر بابه فى سبيل انقاذ من بداخله من الحريق ، أو الطبيب الذى يقتل الجنين لإنقاذ حياة الأم ، أو من يشاهد شخصاً على وشـــك الغـــرق فى النيل فينتزع (دكة) خشبية يجلس عليها بواب إحدى العمارات المجاورة ويقذف بها إلى من يصارع الأمواج(٣) .

ومـــن الفقهـــاء مـــع ذلك من يقيد الحكم فيشترط أن يكون الغير قريباً لمن يتمـــسك بحالـــة الضرورة أو عزيزاً عليه ، فإن لم يكونا كذلك لم يعف الفاعل من العقاب وحجة هذا الرأى أن إطلاق الحكم يؤدى إلى أن تنقلب الضرورة سبباً مباحاً للفعل بحيث لا تكون عليه عقوبة مطلقاً ، لا بالنسبة لمن أحدق به الخطر ولا بالنسبة لشريكه ، مع إنه من المقرر أن الضرورة من الأسباب الشخصية المانعة للمسئولية التى إذا توافرت فى الفاعل فلا يستفيد منها الشريك. (٤)

غير أن جمهور الفقهاء ونحن نؤيدهم – على غير هذا الرأى – إزاء عموم

---

(١) راجع تأييد هذا الرأى – د/ يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص١٥٤.

(٢) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، بند ١٨٤ ، ص٣٠٥.

(٣) د / علـــى راشـــد ، القانون الجنائى " المدخل وأصول النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص ٣٤٩.

(٤) د/ على ذكى العرابى ، شرح القسم العام من قانون العقوبات " جرائم القتل والجرح والضرب " ، بـــدون جهـــة طبع ، س ١٩٢٥ ، ص ٩٦ – د/ ابراهيم ذكى أخنوخ ، مرجع سابق ، ص ١٧٤

النص والعلة التى أستوجبت تقرير الحكم [1] .

والمـــادة (٦١) اقتـــصرت على الخطر الذى يهدد النفس ولم تتناول الخطر الـــذى يهدد المال مهما كانت قيمته فالقانون لا يعفى من المسئولية من يضحى بحق الغيـــر فـــى ســـبيل وقاية المال[2] وذلك على خلاف ما هو مقرر فى شأن الدفاع الـــشرعى حيث يجوز الدفاع عن المال -- وهى تفرقة قد يكون لها مبررها إلا إننا نـــرى أنـــه يتعين الأخذ بحالة الضرورة فى حالة الإعتداء على الماء وذلك إذا كان الاعتداء واقعا على مال فى سبيل صيانة مال أعلى قيمة ، كما لو شبة النار فى مال شـــخص فأضطر لإخمادها الى أن يتلف مالا أخر أو يأخذ ماءاً من صهريج لآخر ولـــذلك تجـــرى التشريعات الحديثة على التسوية فى الضرورة بين الخطر المهدد للنفس وبين الخطر المهدد للمال[3].

---

(١) د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص٨١٠ – د/ محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ١٧١ – د/ جـــلال ثـــروت ، مرجع سابق ، ص٤٣٥ – د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، بند ٣٨٤ ، ص٥٠٧.

(٢) نقض ١٩٥٩/٦/٢٣ ، ومجموعة أحكام النقض ، س١٠ ، رقم ١٤٩ ، ص ٦٩٩ . وقد حكم بأن التهديد بالوضع تحت الحراسة وأيلوية أرض المتهم للإصلاح الزراعي لا يجعل هذا المتهم فـــى حالـــة ضـــرورة تنفى عنه المسئولية فى جريمة الرشوة لان الخطر قد انصب على المال فحـــسب نقض ١٩٧٢/٣/٢٧ ، أحكام النقض ، س ٢٣ ، رقم ١٠٦ ، ص ٤٧٩ . كما قضت محكمـــة النقض أيضا بأنه لا محل لاحتياج المتهم بالإكراه أو ...وهذا المبدأ يبدو سليما إذا كان الفعل المرتكب لوقاية المال قد وقع اعتداء على نفس الغير لحرمة وعدم التكافؤ بينها وبين المال مهما عز ولكنه يبدو غير معقول حيث يكون واقعا على المال فى سبيل صيانة مال وخصوصا إذا كـــان هذا أقل قيمة وبصرف النظر عن صعوبة القطع بأن مالا ما أغلى قيمة من مال أخر وهـــذه مسألة تتوقف على التقدير الشخصى الذى يقدر به كل مالك ماله فان الأخذ بذلك الرأى ينقصه على كل حال وضع الضوابط الكفيلة بتفادى استخدام التعليل بالضرورة فى رقابة المال بالجـــريمة ... د/ الـــسعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٤٩٩ ... ومشار الية د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨١١ .

(٣) ومـــن التـــشريعات التـــشريع السورى فى المادة (٢٨) والتشريع اللبنانى (٢٢٩) والتشريع الاردنى فى المادة (٩٠) والتشريع السويسرى فى المادة (٣٤٥) ، والتشريع البولونى فى المادة (٢٢٥) ... د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، بند ٣٢٩ ، ص ٤٧٩ .

وقد أخذ التشريع الفرنسي بهذا وجرى القضاء على تطبيقه في القضية التي كـان يخشى فيها صاحب محل لبيع الذهب للاعتداء عليه ولذلك قام بمخالفة قواعد المـرور حتـى يـتمكن من ركن سيارته في أقرب مكان من مكان التسليم المتفق علـيه (١) وكـذا اعتبر خرق القانون ضروريا للشخص الذي ينقل عائلته إلى سكن أفـضل من الكوخ الذي يعيشون فيه فأزمة السكن تبرر ارتكاب جرائم ضد القانون مثل سرقة المساكن أو المنازل (٢)

٦٢- موقف الشريعة الإسلامية :

الإكراه بلا شك يتضمن التهديد بأذى ينال المكره إما في ماله أو في جسمه أو في شأن من يهتم به في جسمه أو ماله أو بالأذى له بما دون ذلك كالسب أو فعل ما يترتب عليه مهانته على نظر في هذا القسم : (٣)

---

(1) Canin. OP Cit .p . 89

(2)La notion de nécessite ' implique un péril actuel Ou imminent menaçant la vie ou la santé ou l'équilipre moral ou encore compromettant la satisfaction des fesoins fondamentaux de la famille. Tel est le cas, par exemple d'une personne qui construit elle – même sa propre maison sans permis de construire parce qu'elle vit avec sa famille dans un taudis (Trib . corr . colmar, 27 awril 1,56 : D . 1956,500)

Des portes et le Gunehec, op . cit . No 754. P. 634 .

- وهناك حكم شهير قد صدر من القضاء الفرنسي وكان يطلق على رئيس المحكمة الذي أصـدره وصـف القاضـي الطيب (Le Le bon juge) وهذا الحكم قضى ببراءة أم سـرقت مـن واجهـة أحد المخابز رغيف ولم تكن قد تناولت طعاما في اليومين السابقين وكانت ترضع طفلها وأيدت محكمة الاستئناف ذلك وكان تأسيسا على انتفاء القصد الجنائي الأمر الذي أخذ عليه الخلط بين القصد وبين الباعث وقد كان من الاصوب ان تبنى البراءة على حالة الضرورة .

(Trib. Corr. Château Thierry, 4 mars 1898, D : 1899 , 2 , 329 , note jasserand.)

(٣) د / محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص ٥٢٩ .

والوعيد بإتلاف المال إكراه عند مالك والشافعي وأحمد إذا لم يكن يسيرا أو غير يسير يرجع فيه إلى الشخص نفسه ومقدار ثروته فقد يكون المال يسيرا بالنسبة لـشخص وغيـر يسير بالنسبة لآخر (١) ، والأصل في مذهب ابى حنيفة أن الوعيد بإتلاف المال ليس إكراها ولو كان إتلاف المال يلحق ضررا جسيما بصاحبه ، لأن محـل الإكراه الأشخاص لا الأموال ولكن بعض فقهاء الحنفية يرى الوعيد بإتلاف المـال إكـراهاً وأصحاب هذا الرأى يختلفون فيما بينهم فيشترط بعضهم أن يكون الوعـيد بإتلاف كل المال ليكون إكراهاً والبعض لا يشترط إتلاف كل المال ويكفى عـندهم لاعتبار الإكراه قائماً أن يكون الوعيد بإتلاف جزء من المال يصير بإتلافه ضرراً كبيراً(٢)

أما الإكراه على القتل فهو لا يباح ولا يرخص به سواء كان الإكراه تاماً أو ناقـصاً لأن قـتل المسلم بغير حق لا يحتمل الإباحة بحال قال الله تعالى "ولا تقتلوا الـنفس التي حرم الله إلا بالحق "(٣) وكذا قطع عضو من أعضائه والضرب المهلك قـال سـبحانه وتعالى : " والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احـتملوا بهـتانا وإثمـا مبينا " (٤) فمن أكره على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فإن قتله كان إثماً لأن قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما (٥)

والظاهـر أن الفقهـاء يـرون أن كل جريمة يمكن أن تباح أو يرخص بها للإكـراه إلا قـتل الإنسان والاعتداء عليه اعتداء مهلكاً ، فإنه كبيرة والتساهل فيها

---

(١) مواهب الخليل ، جـ ٤ ، ص٤٥ – ومشار اليه عبد القادر عوده ، مرجع سابق ، ص ٥٦٧.

(٢) المكـره علـى إتـلاف مال الغير إذا أتلفه يجب الضمان على المكره دون المكره ، إذا كان الإكـراه تاماً لأن المتلف هو المكره من حيث المعنى وإنما المكره بمنزلة الآلة على معنى انه مـسلوب الاختـيار يـثار وهذا النوع من الفعل مما يمكن تحصيله بآلة غيره بأن يأخذ المكره فيضربه على المال فأمكن جعله آله المكره فكان التلف حاصلاً بإكراهه فكان الضمان عليه وأن كان الإكراه ناقصاً فالضمان على المكره لأن الإكراه الناقص لا يجعل المكره آله المكره لأنه لا يـسلب الاختيار فكان الإتلاف من المكره فكان الضمان عليه وكذلك لو أكره على أن يأكل مال غيره فالضمان عليه ... بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ص١٧٧.

(٣) الأنعام : ١٥١

(٤) الأحزاب : ٥٨

(٥) الهداية شرح بداية المتبدى ، مرجع سابق ، ص٦٦.

يــؤدى إلـــى خطر جسيم ولذلك يتشددون فى هذه الناحية ويجمعون على عدم تأثير الإكراه على العقوبة فى هذه الجرائم ولكنهم اختلفوا على نوع العقوبة فمالك وأحمد يريان القصاص على المكره[1] وفى مذهب الشافعى رأيان أرجحهما يرى القصاص والثانـــى يـــرى أصـــحابه أن تكون العقوبة الدية على اعتباران الإكراه شبهة تدرأ القصاص[2] وفى مذهب أبى حنيفة اختلاف على العقوبة فظفر يرى القصاص وأبو حنيفة ومحمد يريان الإكتفاء بتعزير المكره أى معاقبته بالعقوبة التى يراها الشارع ملائمة وأبو يوسف يرى الدية على المكره. [3] .

ونحن نتفق مع فقهاء الشريعة فى اعتبارهم المال كالنفس وإباحة الضرورة بشأنهما باستثناء القتل والذى لا يباح على الإطلاق الإكراه بشأنه حيث لا يجوز قتل النفس التى حرمها الله إلا بالحق .

٦٣- (ثانيا) كـون الخطـر جسيمـا :

لا يقوم الإكراه المعنوى أو حالة الضرورة إلا إذا كان الخطر المهدد للنفس جـسيماً (Grave) وعلة هذا الشرط أن الخطر البسيط أو المستقبل لا يكون له عادة تأثير على الإرادة إلى الحد الذى ينال من حريتها ويدفعها فى سبيل التخلص منه إلى إرتكـاب الجـريمة. فالخطر البسيط يمكن لشخص دائماً أن يتحمله دون أن يكون مضطراً إلى التضحية بمصالح غيره ويبرر ذلك أن جريمة الضرورة تقع على برئ فإذا كان الأذى الذى ينجم عن الخطر ضئيلاً فإنه لا يجوز الإعفاء من المسئولية [3].

وأهم ما يثيره هذا الشرط هو تحديد ضابط الجسامة. يذهب رأى إلى أن هذا الـضابط لا يقوم على أساس التفرقة بين الحقوق المتصلة بالنفس والقول بأن أهمها كالحـياة وسلامة الجسم والحرية هى التى يعد الخطر المهدد لها جسيماً فى حين أن الخطر الذى يهدد سواها (السمعة أو الشرف مثلاً) لا يعد جسيماً ويعيب هذا الرأى أنه يتناقض مع تحديد مدلول النفس. [4]

---

(١) مواهب الجليل ، مرجع سابق ، جـ٦ ، ص٢٤٢.

(٢) تحفة المحتاج ، مرجع سابق ، جـ٤ ، ص٧.

(٣) عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، جـ١ ، ص٥٦٩.

(٤) عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، بند ١٨٥ ، ص٣٠٥ – محمد على السالم عياد الحلبى، مرجع سابق ، ص٤٠١.

(٥) محمد مصطفى القلى ، مرجع سابق ، ص ٤١٣ .

في حين يذهب البعض أن ضابط الجسامة يتعين تحديده على أساس ما بين جسامة الخطر وانتفاء حرية الإرادة من صلة ، ومن ثم كان متصوراً وفقا لهذا الضابط أن يعد الخطر الذى يهدد أى حق من حقوق النفس خطراً جسيماً[1].

وفى تقديرنا أن جسامة الخطر تقدرها محكمة الموضوع وفقاً لمعيار مجرد هو معيار الشخص الذى يوجد فى ظروف المتهم فإذا كانت هذه الظروف تلجئه إلى ارتكاب الفعل المكون للجريمة صح تطبيق المادة (٦١) عليه [2].

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعفى من المسئولية من كان صغير السن واشترك فى جريمة إحراز مواد مخدرة مع متهم آخر من أهله هو مقيم معه ومحتاج إليه. لأنه ليس فى صغر سنه وإقامته مع المتهم الآخر وحاجته اليه ما يجعل حياته فى خطر جسيم لو لم يشترك مع هذا المتهم فى إحراز المواد المخدرة[3] وقضى بأنه لا يجوز للمتهم القاصر أن يعتذر عن جريمة ارتكبها بانه مكره على ارتكابها بأمر والده[4] . وبأن العلاقة الزوجية فى ذاتها لا تصلح سنداً للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة إلى ارتكاب الجرائم أو خرق محارم القانون [5] .

وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى إنه لا يجوز للمتهم الهارب من أحد السجون الأجنبية التعلل بحالة الضرورة لتبرير استخدامه لاسم مزيف أو تقديم وثائق إدارية مزيفة وذلك فى حالة استجوابه[6] .

---

(١) د/ محمــود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٦١٦ ، ص٥٦٧ - ... وفى تقديره أن الخطر يعد جسيماً إذا كان ينذر بضرر غير قابل للإصلاح أو يغلب احتمال عدم قابليته للإصلاح على احــتمال قابلــية له أو يتساوى الاحتمالات أما إذا كان احتمال إصلاحه أرجح من احتمال كونه غير قابل للإصلاح فالخطر المهدد به ليس جسيماً - ...

(٢) د / محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، بند ٣٣٠ ، ص٤٨٠. د / فوزية عبد الستار ، مــرجع ســابق ، بند ٤٩٩ ، ص٥٤٨ – د/ عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص٢٠٥ – د/ عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص٢٧٥.

(٣) نقض ١٩٢٩/١١/٢٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ١ ، رقم٣٤٤ ، ص٣٤٤ ، ص٣٩١ - نقض ١٩٩٤/١٢/١٢ ، أحكام النقض ، س٤٥ ، رقم ١٧٨ ، ص١١٢٩.

(٤) نقض ١٩٣٥/١/٢١ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٣ ، رقم ٣٢١ ، ص٤١٤.

(٥) نقض ١٩٦٩/١٠/١٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س٢٠ ، رقم ٢ ــ ص١٠٢٧ – نقض ١٩٩٣/٤/١٣ ، س٤٤ ، رقم ٥٢ ، ص٣٧٩.

(6)Cass. Crim., 22 mai 1997. B., n. 201, Jc P. 97, ed. G,IV, 2409.

هـذا ويقـرر القانون الفرنسى فى المادة (١٦١ – ١) من قانون الصحة العامـة مثالاً نادراً لحالة الضرورة وذلك لأنها تقر عملية الإجهاض عندما تتعرض حياة الأم للخطر[١].

ومن ثم لا يجوز التذرع بحالة الضرورة كما وردت فى المادة رقم ١٢٢ – ٧ لتبريـر عملية الاجهاض الإرادى للحمل طالما أن هذه العملية قد أجازها القانون الصادر فى ٢٧ يناير من عام ١٩٧٥ فى بعض الظروف[٢] .

٦٤ـ هل يحقق الخطر الوهمى الجسامة ؟

إن الإجابة عن مثل هذا السؤال تتوقف على المعيار الذى يأخذ به فى تحديد جـسامة الخطر؟ فإذا كان معياراً موضوعياً فلا يكفى الخطر الوهمى بل يشترط أن يكـون الخطر حقيقياً ، أما إذا كان المعيار الذى يأخذ به هو المعيار الشخصى فهنا يصلح الخطر الوهمى الذى لا وجود له إلا فى مخيلة المتوهم لتحقيق شرط جسامة الخطـر ، بـشرط أن يكون ذلك الشخص حسن النية ، وأن تكون جميع الظروف والملابسات المحيطة بالمتوهم دافعة للاعتقاد بأن خطراً جسيماً يهدده[٣].

---

(١) ولقد وسع القانون الصادر فى عام ١٩٧٥ وغير شكل حالة الضرورة فى هذا الموضوع ومن ناحية أخرى تنص المادة الجديدة رقم (١٦٢ – ١) من القانون الجنائى على انه (يحق للمرأة الحامـل التـى تتعـرض صـحتها للخطر أن تطلب من الطبيب إجهاض حملها) وذلك خلال الأسابيع العشرة الأولى من هذا الحمل.

وتـضيف المادة رقم (١٦٢ – ٤) أن عملية الاجهاض يمكن أن تقررها السيدة الحامل بما أنها تجد نفسها فى موقف قد أشارت اليه من قبل المادة رقم ل – ١٦٢.

وهـنا نجد أن السيدة الحامل هى التى تقدر النسبة بين عملية الاجهاض والخطر الذى تسعى الى تفاديه وقد أباحت المادة (١٦٢ – ١٢) الاجهاض الإرادى للحمل إذا أقر طبيبان أن استمرار الحمـل يعرض صحة الأم للخطر وإذا أقر بأن الجنين الذى سيولد سيكون به مرض خطير لا يقبل العلاج.

Borricand. Op. cit. P. 116.

(٢)
Cass. Crim. 31 janv. 1996. B., n. 57.

(٣) ومـن الأمـثلة التى تساق فى هذا الصدد إذا قتل شخصاً كلباً يعوى وراءه بدافع درء خطر الإصـابة مـنه بمرض الكلب فى حين أن الكلب لم يكن من الكلاب التى تسبب ذلك المرض ، وكما إذا قاومت إمرأة رجل السلطة العامة حين دعاها للتعرف على جثة يرجح أن تكون لقريبها متـصورة أن من شأن ذلك أن يلحق ضرراً جسيماً بالجنين المستكن فى بطنها ... د / إبراهيم زكى أخنوخ ، مرجع سابق ، ص١٨١.

٦٥ـ موقف الشريعة الإسلامية :

تــتطلب الــشريعة الإسلامية أن يكون الخطر جسيما وفى نصوص القرآن الكريم ما يدل على هذا الشرط ومن ذلك قوله تعالى " فمن اضطر فى مخمصة غير مــتجانف لإثــم فــإن الله غفور رحيم"[٣] ففى هذا النص دلالة على اشتراط الخطر الجسيم من وجوه ثلاثة .

الأول : إن قــوله تعالــى " اضطر" معناه افتعل من الضرورة والضرورة مفعولة من الضرر ، أى الضرر البالغ الذى يؤدى إلى التلف أو الهلاك.

والثانى : كلمة " مخمصة " يقصد بها شدة الجوع وفى هذا معنى الإلجاء.

الــثالث : إن مجــرد الجــوع لا يكفى لاعتبار الشخص مضطراً متى كان جوعه عاديا لم يبلغ حد التهديد – لذلك اشترط الفقهاء فى الإكراه الذى يبيح ارتكاب الخطر أن يكون ملجئا[٤]

والشريعة الإسلامية تأخذ بالمعيار الشخصى فى تحديد مدى جسامة الخطر حيث أنها تشترط لكى يكون الإكراه قائماً أن يغلب على ظن المكره أنه إذا لم يجب إلــى ما دعى اليه تحقق ما أوعد به ويجب أن يكون ظن المكره مبنياً على أسباب معقولة[١]

٦٦ـ (ثالثا) كــون الخطـر حــالا:

يــتطلب المــشرع المصرى فى مصر وغيرها من الدول أن يكون الخطر

---

(١) سورة المائدة : الآية (٣).

(٢) وذكــره فــى الإكــراه الملجئ هو الذى يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الأعضاء وغير الملجــئ وهــو الإكراه بالحبس والضرب اليسير والتقيد ، والأول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثانى أن كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل يعتبــر إكــراه ... الهداية : شرح بداية المهتدى ، مرجع سابق، ص٢٣٨ – د/ يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص١٨٣.

(٣) المبــسوط ، مرجع سابق ، جــ٢٤ ، ص٥١ – د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص١١٨.

المحقق للضرورة خطراً حالاً أو وشيك الحلول (٢).

أمـــا الضابط فى حلول الخطر هو أن يكون السير العادي للأمور مهددا – عل نحو يقينى أو محتمل – بأن يتحول الوضع الذى يواجه المتهم إلى مساس فعلى يحق له ما لم يرتكب فورا الفعل الذى من شأنه دفع هذا الخطر ، ويرجع فى تحديد الـسير العــادى للأمـــور إلـــى القواعد المستمدة من الخبرة العامة السائدة فى بيئة المتهم (٣).

ويعد الخطر حالا فى إحدى صورتين : إذا كان الإعتداء المهدد به وشيك الوقوع ، وإذا كان الإعتداء قد بدأ ولكن لم ينته بعد (٤) .

لأن الخطر المنتهى الذى تحققه موضوعه أى الضرر لا يبرر الضرورة إذ أن دفعـــه يصبح غير ذى موضوع . غير أن حلول الخطر لا يقيد حلول الضرر . فالضرورة تتوافر بحلول الخطر الذى يهدد بوقوع ضرر ولو لم يقع ذلك فعلاً (٥) .

ونحـــن نـــرى أن معـــيار حلول الخطر هو معيار شخصى ينظر فيه بعين الاعتـــبار للظروف الواقعية لشخص المكره فالقاضى عند تقديره ما إذا كان الخطر حـــالا أم لا يجب أن يبحث ظروف المتهم والملابسات التى وجد فيها ، أى أن عليه أن يضع نفسه فى موقعه ويقيس بمقياسه مراعيا هذه الظروف مجتمعة .

وحلول الخطر لا يلزم أن يكون واقعيا وإنما يكفى أن يكون كذلك فى مخيلة الفاعـــل بـــأن يعتقد هذا بناء على أسباب معقولة أن الضرر الجسيم المخوف نزوله بالنفس وشيك حتى ولو لم يقع هذا الضرر بالفعل .

---

(١) علـــى سبيل المثال المادة (٤٣) قانون العقوبات العراقى والمادة (٢٣٨) من قانون العقوبات السورى والمادة (٢٢٩) من قانون العقوبات اللبنانى ...... د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١١٩ .

(٢) نقض ١٩٢٩/١١/٢٨ ، ومجموعة القواعد القانونية ، جـــ١ ، رقم ٣٤٤ ، ص٣٩١ – ١/٢١/ ١٩٣٥ ، جـــ٣ ، رقم ٣٢١ ، ص ٤١٤ .

(٣) د/محمـــود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٦٨ ، د/ ذنون الرجبو ، مرجع سابق ، ص ٢٠١ .

(٤) د/ مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات " القسم العامة " ، مرجع سابق ، ص ٣٧

ومن قبيل ذلك أن يأخذ شخص فى عبور أحد الانهار سباحة فتفاجئه عاصفة تــصطحب بسببها مياه النهر مهددة إياه بالغرق فيلوذ بجزيرة فى وسط النهر عليها كــوخ مملوك لغيره ويخيل إليه أن مياه النهر ترتفع بسبب العاصفة وتهدد بالفيضان علـــى الجزيـــرة واكتـــساح الكوخ ومن فيه فينتزع من الكوخ أعواداً ويصنع قارباً ليستعين به على العبور عند الطوفان غير أن الطوفان المرتقب لا يحدث. ففى هذه الحالـــة تعتبـــر جريمة إتلاف مال الغير واقعة فى حالة الضرورة رغم أن الفيضان الذى تصور الفاعل انه وشيك الوقوع لم يتحقق فعلاً [1].

٦٧ـ موقف الشريعة الإسلامية:

كـــــون الخطـــر حالاً فهو الشرط الثانى من إباحة المحظورات للمضطر ولعـــل فـــى قوله تعالى " فمن اضطر غير باغ ولا عاد " إشارة إلى اشتراط حلول الخطـــر ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو ، حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك (ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم " لأنه لما أبيح كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما فى حالة المخمصة[2].

---

(١) د / رمـــسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص٨١٦ – د / احمد فتحى سرور ، مرجع سابق ، ص ٣٩٠ – د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، بند ٤٣٤ ، ص٤٣٧.

وينبغـــى أن تـــستند حالة الضرورة إلى خطر حالى أو وشيك مثال ذلك الشخص الذى يقوم ببناء منـــزل خاص له دون الحصول على إذن بالبناء وذلك لأنه يعيش مع أسرته داخل أحد الأكواخ القديمة.

Trib. Corr, col. Mar, 27 avril (1956 : D. 1956, 500)

غير انه لا يكون هناك خطر حالياً أو وشيكاً فى أغلب حالات الاستيلاء على المنازل والتى تستند نادراً إلى عدم وجود مأوى عاجل أو حقيقى.

Trib corr. Avesnes-sur Helpe, 19 nov. 1958. Jc P. 59, 2, 366

Note la platte. Angers 11 juill. 1957; D. 1958, 357.

ولمعرفة مثالاً على الخطر الافتراضى انظر

Cass.Crim 21 nov. 1974 Jc p 15, 11, 18, 143, note chambon.

(٢) ابن عابدين جــ٥ ، ص١٩٠.

ولعل في قوله تعالى " غير باغ " يتضمن أن الذى يرتكب المحرم من أجل خطر غير موجود يعتبر باغياً ومتعدياً حدود الله عز وجل(١)

ويتفق القانون المصرى مع فقهاء الحنفية والشافعية في اشتراط أن يكون الخطر عاجلاً وليس أجلاً ولقد ذهب بعض الفقهاء (٢) إلى الدفاع عن عدم اشتراط حلول المهدد به لأن مبنى الإكراه على إنعدام الرضا الذى يحدث من جراء الخوف عند المكره ، والخوف يحدث ولو كان المهدد به مؤجلاً وإذا حدث الخوف انعدم الرضا وإذا انعدم الرضا تحقق الإكراه ، فالإكراه يتحقق ولو لم يكن المهدد به حالاً.

ونحن نختلف مع الرأى السالف في عدم اشتراطه لحلول الخطر لأن حلول الخطر هو الذى يجعل المكره خائفاً ملجئاً محمولاً إلى الفعل كما أن المهدد بخطر مؤجل لديه من الوسائل ما يكفى لدفع الخوف وإزالته سواء بالهرب أو اللجوء أو السلطات العامة أو قيامه بدفع هذا الخطر بعد الترتيب والإعداد لهذا الدفع.

---

(١) يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص١٩٠.
" فمن اضطر غير باغ ولا عاد " أى في غير بغى ولا عدوان وهو مجاوزة الحد فلا إثم عليه.
وقال مجاهد فمن اضطر غير باغ ولا عاد قاطعاً للسبيل أو مفارقا للأئمة أو خارجاً في معصية الله فله الرخصة ومن خرج باغياً أو عاديا أو في معصية الله فلا رخصة له وإن اضطر اليه وكذا روى عن سعيد بن خبير ، وقال سعيد في رواية عنه – ومقاتل بن حيان : غير باغ – يعنى غير مستحلة ، وقال السدى غير باغ يبتغى فيه شهوته ، وقال آدم أبى اياسى حدثنا صمره عن عثمان بن عطاء وهو الخراسانى عن ابيه فقال لا يشوى من الميتة ليشتهيه ولا يطبخه ولا يأكل إلا العلقة ويحمل معه ما يبلغه الحلال فإذا بلغه القاه وهو قوله (ولا عاد) ويقول لا يعدو به الحلال وعن ابن عباس لا يشبع منها وفسره السدى بالعدوان وعن ابن عباس " غير باغ ولا عاد " قال "غير باغ" في الميتة ولا عاد في أكله وقال قتادة ومن اضطر غير باغ ولا عاد قال غير باغ في الميتة أى في أكله أن يتعدى حلالاً إلى حرام وهو يجد عنه مندوحة وحكى القرطبى عن مجاهد في قوله فمن اضطر أى أكره على ذلك يعتبر اختياره ... تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير القرشى الدمشقى ، جـ١ ، ص١٩٥.
(٢) ذكريا البرديسى ، مقال سابق ، ص١١ – د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١٢٢
نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ، جـ٤ ، ص١٥٠٢

وتقديـــر حلـــول الخطر أو عدم حلوله هو من الأمور الموضوعية المتعلقة بوقائع الدعوى – كما هو الحال بالنسبة لشرط جسامة الخطر.

٦٨- (رابعا) ألا يـكون لإرادة الفاعل دخل فى حلول الخطر:

يقــصد بهذا الشرط ألا يكون الفاعل قد تعمد خلق الوضع المهدد بالخطر ثم ارتكـــب الجـــريمة للخـــلاص منه ، كما فى حالة من يشعل النار عمداً فى مبنى ثم يضطر فى سبيل الخروج منه والنجاة بنفسه إلى ارتكاب جريمة[١] .

وهـــذا الشرط مفهوم بذاته إذ أن من يرتكب جريمة لدفع خطر أنشأه عمداً يكـــون قـــد توقع هذا الخطر قبل حلوله وكان فى إمكانه أن يتدبر وسيلة مشروعة للخـــلاص مـــنه ، فإن هو لم يفعل وانتظر حلول الخطر ثم ارتكب في سبيل دفعه جـــريمة تعذر القول بأن إرادته كانت مسوقة إلى هذه الجريمة ولا يقبل منه بالتالى الإدعاء بانه كان ضحية إكراه معنوى أو حالة ضرورة[٢] .

فالفاعل الذى يشعل النار فى مسرح عمداً فيدب الذعر بين رواده ويندفعون فـــى سرعة نحو باب الخروج. فيضطر هو إلى سحق واحداً منهم وإحداث عاهة به أثـــناء الـــسعى إلى شق طريق النجاة لنفسه ، ليس له أن يتحلل بحالة الضرورة فى ســـبيل تبريـــر جـــريمته لأنـــه هو الذى أوجد بإرادته الخطر الذى أفضى إلى هذه الجريمة.

---

(١) أشـــارت تعليقات الحقانية على نص المادة (٦١) عقوبات الى مثال آخر إذ ورد بها أن ما جاء فى هذا النص من قوله " ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله قد قصد به الحالة التى يأتمر فيها الجانـــى مـــع آخرين لارتكاب جريمة ثم يدعى انه لم يكن يقصد فى آخر لحظة اتيان الجريمة ولكن عاقة الأخرون عن الامتناع "

(٢) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، بند ١٨٦ ، ص٣٠٦.

- ويـــذهب الـــبعض إلى القول بأن هذا التعليل لا يتفق إلا مع اعتبار حالة الضرورة كالإكراه المعنوى سبباً لامتناع المسئولية ولكنه لا يصلح مع النظرية الصحيحة لحالة الضرورة بوصفها من أسباب الإباحة المسئولية ولكنه لا يصلح مع النظرة الصحيحة لحالة الضرورة بوصفها من أسباب الإباحة.
- والعلة الحقيقة لهذا الشرط فى حالة الضرورة أن المشرع المصرى وهى بسبيل المقارنة بين المصلحتين المتصارعتين من أجل اختيار المصلحة الأجدر بالرعاية قد رأى استبعاد المصلحة التـــى تعمد صاحبها أن يعرضها للخطر لأنه اعتبر أن هذه المصلحة أقل رعاية ... د / احمد فتحى سرور ، مرجع سابق ، بند ٢٢٨ ، ص٣٩١.

وقائــد الــسيارة الذى يلحظ آخر يريد أن يسبقه ، فيصر على أن يكون هو الــسابق بأى ثمن ، ويضاعف من سرعة السيارة وإذ يحس بأن سيارة القائد الآخر علــى وشك أن تصطدم بسيارته ، ينحرف إلى اليمين فجأة لتفادى التصادم فيرتطم بأحد المارة ويقتله ليس له أن يتمسك بحالة الضرورة ، لأن الجريمة التى وقعت منه وهو القتل الخطأ أرتكبت لدرء ضرر جسيم على نفسه وهو الذى أوجد بإرادته خطر وقوعه[1] .

وحكم بأنه لا يجوز التذرع بحالة الضرورة لتبرير عمله إذا كان هو نفسه قد ســبب خطــرا يهدده. وعليه فإنه لابد من إدانة سائق الشاحنة الذى قام بتحطيم أحد الحواجــز المرورية ثم قرر أن يكسر الحاجز الثانى حتى يتسنى له النجاة من خطر وشيك قادم وهو وصول أحد القطارات[2] .

وحكم بأنه ليس للإنسان أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما أحدثه بيده ، وبأنه إذا قدم المتهم رشوة ليتخلص من جريمة الإخفاء التى ارتكــبها. فليس له أن يحتج بحالة ضرورة ألجأته إلى دفع رشوة تخلصه من خطر القبض عليه[3].

وينــتقد بعض الفقهاء فى فرنسا هذا الشرط. ويبدو أن القضاء الذى وضع الــشرط بالنــسبة للإكــراه قد وضعه فى حالة الضرورة ويعتبر هذا الشرط موقفا موضــوعياً ينبغــى أن يحدد عن طريق الرجوع إلى التصرف السابق للجانى قبل إرتكاب الفعل[4].

---

(١) Nantes, 12 nov. 1959. J. C. P. 1959. II. 10041; colmer, 27 avr. 1956. J.C.P. 1957. II. 10041.

(٢) Rennes, 12 avril 1954 : S. 1954, 11, 185. ; crim 28 juin 1958, Prec. N. 1.

(٣) نقــض ١٩٦١/٣/١٣ ، مجمــوعة أحكام محكمة النقض ، س١٢ ، رقم ٦٣ ، ص٣٣٠ – نقض ١٩٦٠/١١/٧ ، س١١ ، رقم ١٤٨ ، ص٧٧٤ – نقض ١٩٦٧/١١/٢٨ ، س١٨ ، رقم ٢٥٢ ، ص١١٩٦.

(٤) Borricand, Op. cit. 176.

وقــد ثــار الــبحث هل يشترط أن يكون المتهم قد تسبب عمداً فى حصول الخطر أم يستوى فى ذلك العمد والخطأ غير العمدى ؟ .

يــذهب الفقه وبحق إلى أن عبارة المادة (٦١) غير دقيقة فهى تشترط لقيام حالــة الــضرورة ألا يكــون لإرادة الفاعل دخل فى حلول الخطر وإذا أخذت هذه العــبارة بظاهرها فإنها تتسع للقول بإنتفاء حالة الضرورة كلما نجم الخطر عن فعل أتــاه الفاعــل عن وعى وإرادة وهو ما يؤدى فى النهاية إلى القول بأن الخطأ ينفى الــضرورة لأن العامد والمخطأ كلاهما يرتكبان الفعل عن وعى وإرادة وهذا القول يــضيق مــن نطــاق الضرورة إلى حد كبير وقد استعان الفقه فى استكشاف قصد المــشرع بالــصيغة الفرنسية للنص فهى تشترط لانطباق حكم الضرورة ألا يكون الفاعل قد تعمد إحداث الخطر.(١)

وعلــى هــذا فقــد ذهــب الفقهاء إلى أن العمد وحده هو الذى ينفى حالة الضرورة أما الخطأ فلا ينفيها ولو كان جسيماً(٢) .

فــإذا أشعل الشخص ناراً ليتدفئ بها فامتدت النار إلى المكان فبادر بالفرار فأصاب شخصا فلا عقاب عليه بالنسبة للإصابة لأنه وإن اشعل النار عمداً إلا إنه لم يقصد إحداث الخطر فلا تنتفى حالة الضرورة من جانبه.

وجمهــور الفقهاء يتفق إجماعه على أن الخطأ لا ينفى الضرورة سواء كان مرجعه إلى عدم التبرير أو إلى عدم التحوط(٣) .

---

(1)Art. 122 – 7 – N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle – méme , autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien , sauf s'il dis proportion entre lec moyens employés et la gravité de la menace .

(٢) د / عوض محمد ، مرجع سابق ، ص٥١٠ – د / إبراهيم زكى أخنوخ ، مرجع سابق ، ص ٢٠٤.

(٣) د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص٣٧٠ – د/ على راشد ، المدخل وأصول النظرية العامــة ، مــرجع سابق ، ص٣٥١ – د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، بند ٣٣٢ ، ص٤٨١.

غير أن البعض[1] يذهب إلى إلحاق الخطر المتبصر أو المصحوب بالتوقع – بالعمد ويعطيه حكمه[2] . وهذا الرأى منتقد من وجهين :

الأول : أن القانون جعل المناط فى انتفاء حالة الضرورة هو العمد والخطأ مع التوقع لا يعتبر عمداً.

والثانـى : أن الفاعـل إذا توقـع حدوث الخطر فإنه يعتمد على إحتياطات ويعـتقد جـدواها أى إنـه لا يتوقع نشوء الخطر فإذا نشأ الخطر رغم ذلك تحققت المفاجأة التى تجعله غير قادر على درئه بفعل غير الذى ارتكبه[1] .

وأخيـراً : يلزم ألا يكون الخطر مشروعا أو بحد تعبير القانون ألا يتوجب على المدعى عليه قانوناً أن يتعرض للخطر وهو ما يتحقق فى حالة المحكوم عليه بالإعـدام أو المأمور بالقبض عليه أو احتجازه إذ لا يجوز لأيهما التعلل بالضرورة

---

(١) رمـسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص٨١٧ – د/ عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص٢٧٦ – د/ محمد سامى النبراوى ، مرجع سابق ، ص٤٢٦.

(٢) مـثال ذلك من يتحرش بكلب عقور وهو عليم بخطورته فلما ينقض عليه يلجأ إلى قتله دفاعا عـن الـنفس أو أن يقوم شخص بإجراء تجربة علمية وهو لعلمه بأنها قد تحدث إنفجار ويقوم باتخاذ احتياطياته لمنع حدوث الانفجار ولكن الانفجار يحدث نظراً لأن هذه الاحتياطات لم تكن كافية وإنما اعتقد هو بكفايتها.

(٢) وجرى الفقه الفرنسى على التمييز بين نوعين من الخطأ غير العمدى : الخطأ الواعى والخطأ غير الواعى : والخطأ غير الواعى (L'imprevoyance inconsciente) أو الخطأ البسيط (La faute simple) يتوافر فى الحالات التى لا تتجه فيها إرادة الفاعل لا إلى الفعل ولا إلى النتيجة التى تترتب عليه إذ يحدث الفعل وتترتب عليه أثاره الضارة نتيجة إهمال الفاعل أو عدم انتباهه ، ويكمن الاذناب فى الإهمال الذى أدى إلى حدوث الفعل والنتيجة.

أما الخطأ الواعى فيتمثل فى إرادة السلوك المخالف للقانون دون إرادة التوجه الإجرامية المترتبة علـيه : فالفاعل يتوقع خطورة تصرفاته لما قد تحدثه من إثارة ضارة ومع ذلك لا يرغب فى حـدوث هـذه الإثارة فهناك إرادة متجهة إلى إحداث السلوك الخطر مع الوعى بخطورته دون إرادة نـتائجه ... د / محمـد كبـيش ، تطـور نظرية مضمون الخطأ غير العمدى فى قانون العقوبات الفرنسى ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، بند ٥ ، ص٢٠.

لـدرء الخطر الجسيم الحال المهدد به لأنه ملزم قانوناً بتحمله ونفس الأمر بالنسبة لرجل الإطفاء [٢] .

٦٩ـ موقف الشريعة الإسلامية :

تتفق الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى فى تطلبها لمثل هذا الشرط ولقد ورد هـذا فـى كـتاب الله إذ يقول سبحانه وتعالى " فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم"[١]

---

(٢) د/ محمـود نجـيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٦٢ ، ص٥٧١ – د/ مأمون محمد سلامة ، مـرجع سـابق ، ص٣٧١ – د / محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص١٧٣ - د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص٣٧١.

Jeandidier, Op. cit. P. No. 271. P. 297.

ويـثار فـى هـذا الصدد الإكراه بالأمر المحض الصادر من رئيس إلى مرؤس أو من آمر إلى مأمور.

فالأمـر بالجريمة كما جاء فى فوستن هلى أما أن يصدر عن قائد جند إلى جنده وأما من صاحب منـصب مدنى إلى من هم برئاسته وأما من أبى إلى بنيه وإما من زوج إلى زوجته. وقد اعتبر جماعـة من القانونيين الطاعة العسكرية وعذروا عليها ولم يجدوا فى سواها ما وجدوا فيها من وجوب الانقياد فأعظموا العواقب التى تحصل عنها لأن العساكر ليسوا إلا آلات صماء فى أيدى رؤسـائهم فما وقع من مسامعهم داعى الأمر والنهى إلا اصابعهم على قدم الطاعة ملبين. تريد تلك الجماعة إثبات صحة الإكراه القانونى للجند كما لسائر الناس وأن المسؤل المطالب إنما هو الأمر وانه لو أبى الجندى الامتثال لأتى جريمة شق العصا وركب العصيان. هذا مؤدى رأيهم.

وقد سفه هذا الرأى لأن الرجل وإن غلا فى طاعته والاستسلام لا يصح أن يصير أداة صماء وأن التـبعة علـيه هى أبدا من كليات وجوده ومن جوهريات عيشه وليس من طاقة أحد أن يوجب علـيه بـذل ضميره وذمته ثم أى واجب معقول يقضى عليه بارتكاب الجناية وأى قانون حق يأمـره بوطـئ الشرائع والقوانين ، فالجندى الذى أتى جناية بأمر قائده جناية لا يحللها الله ولا يرضـاها العدل خليق بأن تقع عقوبتها على عنقه وهذا الحكم يتمشى أيضا على منفذى الأحكام والأوامـر القـضائية على شرط أن يكونوا مندوبين قانونا إلى انفاذها. فإذا لم يكن الأمر معدا للإجـراء لفوات بعض صيغ وصور قانونية فإجراؤه من قبل أن تدخل تلك الصور عليه ذنب يعاقـب عليه . مثلا أمر قاضى محضرا وضبط رجل وسجنه دون أن تلقى على الأمر الصيغ القانونـية المتبعة ولم يكن ثمة تلبس بالجناية ففعل عد ضبط الرجل وسجنه على هذه الصورة ذنـبا يـؤخذ به المحضر ومأمور السجن معا فضلا عن الأمر ... أمين أفندى أفرام البستانى ، مرجع سابق ، ص١٩٦ ، د/ إبراهيم زكى أخنوخ ، مرجع سابق ، ص٢١٥.

(١) سورة المائدة الآية (٣)

وقـد قـال المفسرون : إن معنى قوله " غير متجانف لإثم " غير مائل إليه والمقـصود بذلك اقتراف الإثم إذ المجانفة هى الظلم ، أو هى الميل عن الحق عمداً وعلـى هذا يمكننا أن نقول أن المراد من مجانفة الإثم فى الآية قصد ارتكاب الإثم عمداً[١] .

وتبين من هذا أن الله – سبحانه وتعالى – يتيح الفرصة إتيان فعل الضرورة فـى حالة المخمصة بشرط ألا يكون المضطر قد تعمد إحداث الخطر لأن من يتعمد إحـداث الخطـر لا يكون مضطراً فى نظر الشريعة وقياساً عليه فإن المكره الذى يتدخل بإراداته عمداً فى إحداث الخطر لا يستفيد من الإعفاء من المسئولية[٢] .

---

(٢) د/ يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص١٧٠.

(٣) د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص١٢٧.

المطلب الثانى
شروط جريمة الضرورة

٧٠ـ تحديدها :

أوردت المادة (٦١) عقوبات شروط فعل الضرورة فى قولها " ... ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى " ويتبين من ذلك أن المشرع يتطلب فى فعل الضرورة...

أولاً : ألا يكون فى قدرة المضطر منع الخطر بوسيلة أخرى (شرط اللزوم)

ثانيا : أن يكون الفعل متناسباً مع الخطر المراد اتقاؤه (شرط التناسب)

ونرى فيما يلى ما إذا كان القانون يتطلب بالإضافة إليهما شروطا أخرى :

٧١ـ (أولا) اللزوم:

يشترط القانون لاعفاء المضطر من العقاب ألا يكون فى قدرته منع الخطر بطريقة أخرى (م٦١ ع) . وهذا يعنى أن يكون الفعل متعينا لدرء الخطر فإذا أمكن درؤه بمباح لم يجز ارتكاب الجريمة ، وإذا أمكن درؤه بجريمة لم يجز درؤه بأشد منها ، لأن الضرورة إنما تقدر بقدرها[1] .

وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية حين قضت بأنه إذا هرب شخص قبض عليه بدون وجه حق وأخذ ينطلق فى الطريق فدفع أحد المارة بقوة ، بحيث ألقاه على سيارة تصادف مرورها عرضا فصدمته وأحدثت به إصابات أودت بحياته ، فإن هذا الفعل لا يعتبر ضروريا لأنه يشترط فى حالة الضرورة " أن تكون الجريمة التى إرتكبها المتهم هى الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به . وما كان فراره من مركز الشرطة ليسوغ له أن ينطلق فى الطريق ويدفع المارين بتلك الدفعة التى ألقت المجنى عليه فى طريق السيارة بعرض الطريق[2] " .

---

(١) د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، بند ٣٩٠ ، ص ٥١٣.

(٢) نقض ١٩٦٣/٣/٣٠ ، ومجموعة أحكام محكمة النقض ، س١٥ ، رقم ٤٥ ، ص ٢٢١ .

ومن أمثلة ذلك أيضا ما قرره القضاء الفرنسى فيما يخص الفعل الذى ارتكبه الشرطى الذى أطلق رصاصة على الأرض أصابت بطريقة غير مباشرة فردا مسلحا كان قد حاول استخدام سلاحه أولا وكان فى حالة ثورة كبيرة ورأت محكمة الاستئناف أن الشرطى فى حالة ضرورة ملحة وحقيقية وكان يريد فقط تخويف هذا الشخص المسلح عن طريق إطلاق رصاصة على الارض وأن الفعل الذى قام به الشرطى يتناسب مع الخطر الذى كان يسببه هذا الشخص المسلح وكما رأت أيضا من خلال الضربات والإصابات أن المتهم قد ارتكب فعلا ضروريا لا يشوبه أى خطأ (١) .

ويتفرع اللزوم إلى عنصرين :

٧٢ - (أ) اللزوم الكيفى للفعل :

وهو يتطلب قيام علاقة بين الخطر والفعل والعلاقة هنا علاقة سببية موضوعية مردها اتجاه الفعل فى ذاته بحيث يستهدف منع تحقيق الخطر (٢).

وعلة هذا العنصر حرية الاختيار لا تنتقص إلا لإحساس المتهم بتهديد الخطر وحرصه على درئه . فما يكون من شأن فعله درء الخطر تنتقص بالنسبة له حرية الاختيار وما لا يكون كذلك لا يكون مرتكبا جريمته تحت تأثير التهديد بالخطر (٣) ويخرج من نطاق الضرورة إذ كل فعل ليس من شأنه درء الخطر وإذا ارتكبه المضطر كان جديراً بالعقاب مثال ذلك أن يكون فى وسع طالب كلية الطب

---

(١) Cass . Crim , 16 juill . 1986 : D- arrets , note Dekeuwer 1988 , 390,2 e

ومن أمثلة ذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن على حكم صدر بإدانة أحد معاوني الصحة بتهمة ممارسة مهنة دون تصريح كان قد أجرى عملية جراحية لسيدة ادعى بضرورة مباشرتها قبل الولادة لانه ثبت للمحكمة أنه لا توجد ضرورة عاجلة لاجراء الولادة .

Crim , 28 mai , 1891 , D . p . 1892 . 1. 195 .-

(٢) إبراهيم ذكى اخنوخ ، مرجع سابق ، ص ٢٦٦ .

(٣) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٢٧٣ ، د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ٣٧٢ .

نقـل المـريض إلى أقرب مستشفى ولكنه يقوم بإجراء عملية جراحية لإنقاذه [1] أو أعمال الإنتقام كما لو أشعل الشخص حريقا فى مسرح فحاول الآخر قتله بدلا من أن يلـوذ بالفـرار وقد قضت محكمة النقض بعدم مشروعية الفعل الصادر من المالك بضرب السارق إذا وقع هذا التعدى بعد استرداد المالك لما سرقه منه [2] .

ومتى كان ارتكاب الجريمة هو الوسيلة الوحيدة للخلاص من الخطر الجسيم الـذى يهدده ، فيستوى أن تكون هذه الجريمة عمديه أوغير عمدية ، كسائق السيارة الذى يضطر الى الصعود على الرصيف لتفادى الصدام بأطفال يجرون أمامه ، مما يـؤدى إلـى إصابة شخص كان يسير على الرصيف ، ورجل المطافئ الذى يقود سيارته بسرعة لإنقاذ سكان منزل يحترق إذا تسبب فى إصابة أحد أثناء سيره [3].

وإذا كان الهرب متاحا لمن تعرض للخطر الجسيم ، فعليه أن يسلكه قبل أن يلجـأ إلـى إرتكاب الجريمة فلا يجوز لمن أتيحت له وسيلة مشروعة للتخلص من الخطـر أن يتركها ويفضل إرتكاب فعل يعاقب عليه القانون لأنه إن فعل هذا تكون إرادته قد اتجهت الى الجريمة عن حرية واختيار [4].

ويرجع فى تحديد اللزوم الى معيار موضوعى واقعى قوامه الشخص المعتاد وكذلك ما يتصل بظروف الدعوى كما أن قاضى الموضوع مطالب فى هذا التقدير بـأن يعمـل حـسابا لظـروف المـتهم الخاصـة ولمـا أحـاط بـه مـن ملابسات [5] .

٧٣- (ب) اللزوم الكمى للفعل :

بـأن يكون فعل الضرورة هو الوسيلة الوحيدة للتخلص من الخطر أما إذا كـان لدى الفاعل وسائل أخرى غير ارتكاب الجريمة لدفع الضرر الناتج عن حالة الضرورة فلا تنعدم المسئولية لان حرية الاختيار مازالت قائمه لديه . فإرادته حين

---

(١) نقض ١٩٦٨/٢/٢٠ ، ومجموعة أحكام النقض ، س ١٩، رقم ٤٦ ، ص ٢٠٤ .
(٢) نقض ١٦ /١٩٥٦/١١ ، س٧ ، رقم ١١٢ ، ص ٥٧٣ .
(٣) د/ أحمد فتحى سرور ، مرجع سابق ، ص ٣٩٥ .
(٤) د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٣٠٨ .
(٥) د/ على راشد ، المدخل وأصول النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص ٣٥٢
فى هذا المعنى Cass. Crim sept . 1999 , Bin 193

يقــدم علــى الفعل المكون للجريمة لم تفقد حريتها بالقدر الذى يجعلها غير معتبرة قانــونا فالفاعــل لا يكــون فى حالة ضرورة إذا كان بامكانه تفادى الضرر بغير الالتجاء الى الجريمة المقترفة من قبل الفاعل لاتقاء حالة الضرورة شخصية واحدة أو عدة أشخاص[1] .

فتــشوب حريق فى أحد المبانى ومحاولة أحد الأشخاص الهروب من الباب الرئيــسى فمنعه الحارس وطلب منه الهروب من البوابة الفرعية المعدة للهروب فى حــالات الطوارئ ولكنه ضرب الحارس وأصابه بجروح بليغة ، وخرج من الباب الرئيــسى فان المسئولية الجنائية لا تنتفى لأنه كان لديه وسيلة أخرى غير ارتكاب الجريمة لتفادى الخطر الناشئ عن حالة الضرورة .

وقــد عبــرت بعض الاحكام الفرنسية عن هذا الشرط بالاكتفاء بأن تكون الجريمة هى (أفضل وسيلة) لتحقيق الهدف وهو الخلاص من الخطر وواقع الامر أنها يجب أن تكون الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر [2] .

٧٤ـ التنــاســب :

لــم يــرد ذكر هذا الشرط صراحة فى المادة (٦١ع) ولكنه شرط يقضيه القول بامتناع مسئولية المضطر [3] .

---

(١) د/ محمد على السالم عياد الحلبى ، مرجع سابق ، ص ٤٠٣ .

(٢) د/ أحمد فتحى سرور ، مرجع سابق ، ص ٣٩٥ .

(٣) وقــد أخــتلف الفقه المصرى فى مدى لزوم هذا الشرط فمن الفقهاء من أوجبه باعتباره من طبيعية الضرورة بحيث تكون الجريمة المرتكبة أهون ماكان يمكن للفاعل أن يرتكبه بحسب ما كان فى متناولة من الوسائل مثال ذلك الشخص الذى يجد نفسه مهددا بسقوط أصابعه من التجمد فينتزع كتابا أثريا فيما يستعين به فى إشعال النار والحصول على الدفـء إذا لم يكن أمامه ورق سوى هذا الكتاب ويعتبر اتلافه للكتاب جريمة واقعة فى حالة الضرورة مهما كان رأى صاحب الكتاب أو غيره حول قيمة الكتاب المحروق وكونها تفوق بأضعاف قيمة أصابع الشخص الذى أحــرقه ... ومن أنصار هذا الاتجاة د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨١٨ ، د / محمود نجــيب حــسنى ، مرجع سابق ، بند ٦٢٦ ، ص ٥٧٤ ــ ، د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٣٧١ .

ومن اهمل هذا الشرط آخذا بظاهر النص ... د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، بند ١٨٧ ، ص ٣٠٩ ، د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٥١٨ .

والتناسب فى الضرورة ليس أمرا مفترضا أو تلقائيا بل إن الفاعل ملزم بأن يحقق توازنا صحيحا بين المصالح المتصارعة ، أى الموازنة بين الحق الذى يحمية المضطر والحق الذى يضحى به أو بين الضرر الذى يدفعه والضرر الذى يوقعه وإذا لم يتوافر شرط التناسب فلا قيام لحالة الضرورة مثال ذلك الطبيب الذى فى عملية ولادة عسرة . يقتل الأم إنقاذا للطفل .

ولا يجوز لقائد السيارة الذى ينحرف يسارا لتفادى قتل أحد المارة أن يتسبب فى قتل عدد من الأشخاص (١) .

وقد ذهب القانون الفرنسى فى نص المادة ١٢٢- ٧ عقوبات والذى يستبعد حالة الضرورة إذا كان هناك عدم تناسب بين الوسيلة المستخدمة ومدى خطورة التهديد ... " وهو مطابق لنص المادة ١٢٢-٥ والخاص بالدفاع الشرعى .

ومثال ذلك تراخى المستأجر فى البلاغ بعد انتهائه من تركيب التيار الكهربائي وتوصيله لأجل عائله وفى سبيل هذا يقوم بإتلاف السور الخشبي الذى أسسه مالك العقار ليمنع الدخول الى الأماكن الغير مسموح دخولها بالعقار (٢) .

وفى المقابل لا يستطيع مدير الشركة تبرير ارتكابه لجريمة التزوير والتى تضر بالاقتصاد العام وذلك لكى يتجنب قطع البضائع والمشكلات التجارية المترتبة على ذلك (٣) .

والسؤال الذى يثار فى هذا الصدد ما الحكم لو حدث إخلال بشرط التناسب أى لو استخدم الفاعل وسيلة إجرامية أشد ، وكان فى وسعه أن يدرأ الضرر المخوف وقوعه بوسيلة إجرامية أخف كانت توجد هى الأخرى فى متناول يديه ؟

والواقع أن الإخلال بشرط التناسب لم يعالجه المشرع المصرى إلا فى حالة

(١) د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ٣٧٤ .

(2)Cass. Crim , 4 Janv 1956 , B,n09

(3)Des portes Gunehec Francis, op . cit. No. 749. P. 641

حاصلة هى حالة الدفاع الشرعى [٤] .

ولا شـك أنه فى حالة الإكراه المعنوى يلاحظ مركز الجانى وضيق حريته فى الاختيار فإذا كان الخطر يهدده شخصيا أو يهدد أحد أقاربه الأقربين كإبنه أو أبيه ، فالغريزة الطبيعية تقتضى عليه كما تقتضى على كل من كان فى مركزه بأن ينجى نفسه أو ابنه أو اباه ، إذن فلا مسئولية عليه أما إذ كان الخطر يهدد شخصا ليست له هـذه القربـى فيجب الموازنة ويختار أهون الضررين وعند التجاوز لا يعفى من المسئولية .

وهذا بخلاف الحال فى بعض الظروف الاستثنائية كما فى حالة الحرب مثلا تفـرض التـضحية علـى الأفراد . وفى هذه الحالة تعلو مصلحة الوطن على أية مـصلحة فـردية فـلا يعـذر من يضحى بالجنود فى سبيل تنجية نفسه أو عزيز لديه [١].

٧٥ـ موقف الشريعة الإسلامية :

يـشترط فى الفعل الذى يدفع به خطر الضرورة أن يكون هذا الفعل لازماً لدفع الخطر . وهو شرط تفرضه القواعد العامة فى الفقة الإسلامى . ولكن إذا وجد الخطر الجسيم – وكان هنالك فعلان أمام المضطر أحدهما مباح والثانى محرم فإن

---

(١) المـشروع الإيـصالى قـد عالج الإخلال بشرط التناسب فى نص عام لا يقتصر حكمه على الـدفاع الشرعى وإنما يشمل كذلك حالة استخدام الحقل وحالة أداء الواجب وحالة الضرورة وهو نـص المادة (٥٥) . ويقرر هذا النص على عاتق فاعل الجريمة المخلة بشرط التناسب فى حالة الـضرورة ، مسئولية عن جريمة غير عمدية ، إذا كان القانون المعنوى يجعل من الحدث الواقع جـريمة ولـو كان غير متعمد وشرط ذلك ألا يكون قد حدث تعد لحالة الضرورة من حيث حدها المعنوى وأن يكون التعدى حادثاً فى الحد المادى وحده . أما إذا حدث التجاوز بقصد أخر يختلف عن قصد مواجهة الضرورة فتعتبر الجريمة عمدية .

والـرأى الحديث فى الفقة الألمانى فيذهب الى اعتبار الجريمة عمدية ... رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨٢٠.

(٢) د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٤٨٣ ، د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١٣٢.

حالة الضرورة على الرغم من قيامها لا تكون متوقفة على فعل محرم ، وهنا يكون الفعـــل المحـــرم غيـــر لازم . لوجود فعل أخر مباح يمكن تفادى الخطر بالالتجاء إليه [1].

كما يشترط فى الفعل اللازم لدفع خطر الضرورة أن يكون متناسباً مع هذا الخطـــر بمعنى الإيخاف المكرِه المكرَه بأن يأتى بفعل غير الذى أكره عليه أو يزيد علـــى الفعل المطلوب او ينقص منه لأن المكره إذا أتى شيئا من هذه الأشياء الثلاثة كـــان طائعاً فيما أتى به فلا يكون مكرها إذ لا إكراه إلا حيث يأتى المكره بما قهر عليه امتثالا لأمر المكره وخوفاً مما هدد به فلو أكره انسان آخر على طلاق امرأته ثلاثـــا فطلقهـــا واحدة فهذه الصور الثلاث التى تدل على مخالفة المكرة بالتغاير فى الفعل أو بالزيادة عليه أو النقصان عنه ليست بالإكراه فى شئ [1] .

ولو أكره شخص على أن يقتل عبد هذا الرجل عمداً أو يأخذ مال هذا الآخر

---

(١) د/ يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص ٢٠٣ .

وفـــى هـــذا الشرط ينعقد عليه إجماع الفقهاء وهو أن يكون المهدد به أشد خطراً على المكره مما حمـــل علـــيه فلو هدد إنسان آخر وصفعه على وجه أن لم يتلف ماله لم يكن المكره من ذوى المروات ولا من سادة الناس ووجهائهم لا يعد هذا إكراها لأن الصفع على الوجه أقل خطراً من إتلاف المال .

ومـــراعاة النسبة بين المكره عليه والمهدد به قدر متفق عليه بين الفقهاء لأن ضابط تحقق الإكراه كل ما يؤثر العاقل الأقدام عليه خوفاً من المهدد به أما إذا قال انسان لآخر اقتل نفسك وإلا قتلك لا يعد هذا إكراها لأنه لا يترتب على قتل النفس الخلاص مما هدد به ... د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ١٣١ .

(٢) محمد على محجوب ، مقال سابق ، ص ٧٥ .

وعند الشافعية أن الرجل لو أكره آخر على أن " يطلق امرأته أو عتق عبده ففعل " ، فالطلاق يقع لأن الإكراه لا يعمل فى أشياء منها الطلاق ، والعتق ، والنكاح ، والرجعة ، ...... أما المالكية فمـــا يـــنطق به فلا اعتبار لمخالفة المكره . فهم لا يرون اشتراط عدم المخالفة ولذلك من اكره علـــى طـــلاق امـــرأته او اكـــره على عتق عبده فطلق زوجته لا يقع طلاق فى الظاهر لأنه كالمجنون .

أما الحنفية والحنابلة فقد اعتبروا هذا الشرط بالنسبة لتقارير الفعل الذى أكره عليه أو الزيادة عليه فجعلوا الآتيان بغير ما أكره عليه المرء مخالفة للحامل والزيادة على الفعل المكره مخالفة ايضا اما النقصان فلا يدل على المخالفة ... البناية فى شرح الهداية ، مرجع سابق ، ص ٧١ ، نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ، مرجع سابق ، ص ٢٤٥ .

أو مال صاحب العبد فيطرحه فى مهلكة أو يعطيه انساناً فلا بأس أن يعمل فى المال ما أمره به لتحقق الضرورة فيه وغرّمه بالغاً ما بلغ على المكره لأن الإتلاف صار منسوباً إليه وإن قتل العبد فعلى القاتل القود لأن الإكراه لم يتناول القتل هنا إذ لا مساواة بين جريمة القتل وجريمة استهلاك المال وإذا تمكن من دفع البلاء عن القود، وعلى المكره الحبس لإرتكاب ما يحل (١) .

---

(١) المبسوط ، مرجع سابق ، ص ١٤١ .

ومن المبادئ الأساسية للقواعد الشرعية التى تستند اليها نظرية الضرورة فى المعاملات .

القاعدة الأولى : الضرر يزال :

وأصل هذا المبدأ الشرعى ما أخرجه ابن ماجه وغيره أن رسول الله (") قال " لا ضرر ولا ضرار " وقد ورد فى القرآن الكريم النهى عن المضارة فى مواضع كثيرة منها الوصية والرضاع والرجعة فى النكاح ...... ولبيان ذلك ما رأينا فى قضية الانصارى ، وسمره ابن جندب حيث كان للأخير نخل فى بستان الأول وكان يدخل عليه هو وأهله فيؤذيه ولما شكاه الانصارى الى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال له بعه ، فأبى ، قال : فاقلعه فأبى ، قال فهبه له ولك مثلها فى الجنة، فأبى ، فقال الرسول – صلى الله عليه وسلم – أنت مضار ثم قال لصاحب الحائط : أذهب فاقلع نخله ...

القاعدة الثانية : الضرر الأشد يزال بالأخف .

ومنها أن صاحب النصيب الأكبر إذا طلب القسمة وكان شريكه يتضرر بها صاحب الأكثر يجاب الى طلبه .

القاعدة الثالثة : إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام :

ومن تطبيقات هذا المبدأ باب الضرورة منع كل من صاحب السفل والعلو من التصرف فى ملكه بما يضر بالآخر ويتفرع عن هذه القاعدة – قاعدة اخرى هى اذا تعارض المانع والمقتضى فإنه يقدم المانع .

القاعدة الرابعة : الضرورات تبيح المحظورات :

ومن التصرفات منع الشريك فى الملك المشترك الولاية على الإنفاق فى اصلاح المال وصيانة رغم معارضة شريكه .

القاعدة الخامسة : الضرورة تقدر بقدرها :

وتعتبر هذه القاعدة أساسا جوهريا لأحكام لاضرورة والمعاملات ... د/ عبد العزيز أبو غنيمة ، الضرورة فى المعاملات فى الفقة الاسلامى ، بدون جهة نشر ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٨ ، ص ٤٠٦ .

الباب الأول
الإكـراه فـى قانـون العقوبـات

٧٦ـ تمهيــد وتقسيــم :

من القواعد الاساسية فى الشريعة الاسلامية أن كل مالم يحرم فهو مرخص لاعقــاب على إتيانه ، فإذا حرم فالعقوبة من وقت العلم بالتحريم ، اما ما قبل ذلك فيدخل فى قوله تعالى : " عفا الله عما سلف" (١) والشريعة لا تؤاخذ المكره ولا فاقد الادراك لقــوله تعالى " إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان "(٢) وقوله تعالى " ومن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه" (٣) .

ومن القواعد الأساسية فى الشريعة الاسلامية " الا تزر وازرة وزر أخرى وأن ليس للإنسان إلا ما سعى " (٤) فلا يسأل الإنسان إلا عن جنايته ولا يؤخذ بجناية غيره مهما كانت صلته به وليس للقضاة فى الشريعة الاسلامية أى شئ من الحرية فــى اختيار العقوبة أو تقديرها فى جرائم الحدود والقصاص ، أما فى التعزير فلهم حــرية مقــيدة أن يخــتاروا العقوبة من بين عقوبات معينة ، ولهم أن يقدروا كمية العقوبة إن كانت ذات حدين بما يتناسب مع ظروف الجريمة والمجرم ولكن ليس لهم أن يعاقبوا بعقوبة لم يقررها أولو الامر ، ولا أن يرتفعوا بالعقوبة أو ينزلوا بها عن الحدود التى وضعها أو يضعها أولو الامر (٥) .

وهذه المبادئ التىعرفتها الشريعة الاسلامية من يوم وجودها أقرتها القوانين الوضــعية فى بداية القرن التاسع عشر والقرن العشرين حيث تنص المادة ٦٦ من الدســتور الــدائم علــى أن "العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون "

---

(١) سورة المائدة الآية (٩٥)

(٢) سورة النحل الآية (١٠٦)

(٣) سورة البقرة الآية (١٧٣)

(٤) سورة النجم الآية (٣٨ ، ٣٩)

(٥) عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص ٣٨٣

كما تنص المادة الخامسة من قانون العقوبات على أن " يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها ...... " ويعد مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات من أهم المبادئ التى نصت عليها الدساتير الحديثة والتشريعات المختلفة [1] .

وتأكد هذا المبدأ بصدور إعلان حقوق الإنسان فى ٢٧ أغسطس سنة ١٩٧٩ الذي نص فى المادة السابعة على انه لا يجوز القبض على أي فرد أو حبسه إلا فى الأحوال التى يقررها المشرع وطبقا للإجراءات التى يحددها وأكد أيضا إعلان حقوق الإنسان الصادر فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ المبدأ السابق كما نصت المادة الحادية عشر منه على انه لا عقوبة إلا بناءً على نص قانوني مكتوب.

ومن نتائج تطبيق المبدأ ، أن أصبح للقاعدة الجنائية التجريمية [2] وظيفة جوهرية وهى تحديد الأفعال المجرمة على وجه واضح فالشك وعدم الثبات فى هذا المجال يحول دون تحقيق العقوبة لغرضها وهو الردع العام.

---

(١) وجاءت الأمم المتحدة – تؤكد هذا الاتجاه فى المادة التاسعة من تصريح حقوق الإنسان عام ١٩٤٨ ، التى تنص على انه : " لا يجوز الحكم على أحد لارتكابه فعلا أو امتناعا لا يشكلان جرماً وقت اقترافها بموجب أحكام القانون الوطنى والدولى. ولا يجوز فرض عقوبة تفوق العقوبة النافذة يوم اقترافه " – عبد الوهاب حومد ، مرجع سابق ، ص٦٢.

(٢) القاعدة التجريمية هى الصورة الحقيقية للقاعدة الجنائية إذ تشمل على تحديد لمضمون الجريمة وللجزاء الواجب التطبيق. والى جانب القواعد التجريمية يوجد فى القانون قواعد أخرى لا تضم شقى التجريم والجزاء ، إنما تهدف الى تحديد القواعد الأخرى أو تنظيم تطبيقها. فهى ليست مستقلة بل تعتبر تكميلية أو من الدرجة الثانية وهذا لا ينفى أن لها أيضا طبيعة أمره كغيرها من القواعد الجنائية ويندرج تحت هذه الطائفة القواعد المختلفة التى يشملها القسم العام من قانون العقوبات . وتنقسم الى قواعد موجهة وهي تحدد المبادئ الواجب اتباعها فى موضوع معين.

وقواعد موضحة وهي تشير الى المعنى الذى يقصده المشرع من تعبيرات معينة ، وقواعده مفسره وهى إما أن تحدد معنى قواعد أخرى أو تبين القواعد التى يجب أن تتبع فى مجال التفسير.

وقواعد تتقيد به وهى تنظم كيفية تنفيذ النصوص التشريعية وقواعد مفسحة أو مضيقة وتهدف إلى الإفساح أو التضييق فى مجال قواعد أخرى.

وقواعد إحالة وهي تحيل الى قواعد معينة من الوجهة الشكلية أو الموضوعية.

وقواعد موثقة وهي تحدد القاعدة واجبة التطبيق فى حالة التنازع بين القواعد القانونية ... د/ آمال عبد الرحيم عثمان ، النموذج القانونى للجريمة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ١٤، ١٩٧٢ ، ع١ ، ص٢ .

وذلك يستوجب تمكين الأفراد من معرفة مكونات الجريمة وأنواع العقوبات واجـبة التطبـيق من خلال ما يضعه المشرع من قواعد قانونية ، وتقترب القاعدة الجنائية فى وظيفتها الوصفية من القواعد القانونية الأخرى ومع ذلك فتتميز عنها فى أنها تشمل وصفا دقيقا لكل جريمة تضم مختلف العناصر التكوينية لها وهو ما يطلق عليه النموذج أو الشكل القانوني للجريمة (١)

(Figural. Legal, tipo, modello, Fattis pecie)

فالـنموذج القانونـي للجريمة يشتمل على عدد من العناصر القانونية سواء أكانـت أركانا أساسية ، أم مفترضات للواقعة ، أم ظروفا ، أم شروطاً موضوعية للعقـاب وهذه العناصر قد تتشابه فى بعض الوجوه ، ولكن واقع الأمر أن كلا منها يتميز بطبيعته وخاصيته المستقلة وهو ما سيتضح من خلال هذه الدراسة.

فدراســة الجريمة تستوجب ضرورة تجزئتها الى عناصر منفصلة ومتميزة وذلك حتى يمكن فهم الجريمة كواقعة قانونية .

وعلى ذلك سنقسم الدراسة فى هذا الباب الى ثلاث فصول :

الفصل الأول :- تعريف الجريمة وأركانها.

الفصل الثاني :- ماهية ظرف الإكراه .

الفصل الثالث :- الإكراه كظرف مشدد فى الجريمة .

---

(١) نـشأت فـى المانيا نهضة فقهية تناولت دراسة نظم جنائية مختلفة وقد أهتم الكتاب الألمان بدراسة ما أسموه "نموذج السلوك الإجرامى" وهو ذلك السلوك المادي الذي يأتيه الإنسان ويكون اعتداء على مصلحة اجتماعية يرعاها المشرع بحماية قانون العقوبات.

ومما هو جدير بالذكر أن منشأ فكرة نموذج السلوك الإجرامى ترجع الى القانون الالمانى القديم حيث كان لها صدى فى إيطاليا وقد تميزت الأبحاث التى أجريت فى إيطاليا بالواقعية والعمق ، فاتجهت الى إجراء دراسة تحليلية لكل العناصر المكونة للجريمة دون تغليب لعنصرٍ على آخر وقـد كان الفضل فى ذلك للكاتب الإيطالى Delitala . وقد أسس ما عرف بنظرية " النموذج القانونـي للجـريمة " واتجه الى أن نموذج الجريمة يتكون من جميع العناصر المكونة لها وانه يمكـن التعرف على هذا النموذج من نص التجريم............. ويقول بعض الفقه أن لنظرية النموذج الإجرامى فوائد عملية عديدة من بينها أ) إن دراسة النماذج المختلفة تشدم الانتباه الى كل خصوصية يجب توافرها مادياً فى السلوك الإنسانى كى يعتبر جريمة .... ب) تساعد علـى عـرض المفـردات للجريمة بأسلوب منطقى. جـ) إن المقارنة بين النماذج الإجرامية لـتحديد ما يكون من العناصر قاسماً مشتركاً بينها وما يكون مميزاً لبعضها تفيد فى التفرقة بين نمـاذج الجرائم المختلفة. د) أن هذه النظرية تنأى بالقاضى عن الحكم بإدانة غير مستحقة......

د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٣٨٤ – د/ على راشد ، د/ يسرى أنور ، شرح النظرية العامة للقانون الجنائى ، مرجع سابق ، ص ٩٧.

الفصل الأول
تعـــريف الجريمــــة وأركــــانها

٧٨ـ تمهيـــد وتقسيم :ـ

مــــن أهم خصائص القانون الجنائى العصرى ، اتجاه نظره فى الجريمة الى شخص فاعلها بعد إن كان هذا النظر محصوراً فى مادة فعلها.

ففى عهد الرومان ، تمخض التنظيم القانونى عن قانون جنائى خاص يضع زمـــام الدعــوى عن الجريمة فى يد المجنى عليه كى يحركها هذا بغية تعويض ما أنـــزلته به الجريمة من ضرر ولم يتجه النظر الى مرتكب الجريمة لدراسة شخصه والوقـــوف علــى الأسباب التى صار من أجلها مصدر إجرام إلا بفضل أئمة الفكر الإيطالى فى عصر النهضة (١).

فـــى حين أن الشريعة الإسلامية منذ نشأتها قد أولت عناية بشخص الفاعل ولــذلك قرر الرسول – صلى الله عليه وسلم – فيما قرر من قوانين أن من لا يرحم الناس لا يرحمه القانون الرادع الزاجر فقد قال – صلى الله عليه وسلم : (إنه من لا يرَحم لا يرّحم) (٢).

وأن المـــسلمين كانوا يعملون دائما بسنة النبى الكريم (ص) ، وهدى القرآن العظـــيم ، ولقـــد كان النبى – صلى الله عليه وسلم – حريصا على تمكين الآثم من الـــتوبة بعـــد أن يـــنال العقوبة التى استحقها ليكون الردع له ، والاعتبار لغيره ثم إخلاص النية لله تعالى ، وقد روى " أن امرأة من جهينه آتت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهى حبلى من الزنا . وقالت : يا رسول الله ، أصبت حدا فأقمه على ، فـــدعا نبـــى الله – صلى الله عليه وسلم – وليها. فقال : أحسن إليها فإذا وضعت فأتنـــى ، ففعل ، فأمر نبى الله – صلى الله عليه وسلم – فشدت عليها ثيابها ، ثم أمر بها فرجمت ، ثم صلى عليها ، فقال له عمر : تصلى عليها يا رسول الله وقد زنت

---

(١) د/ رمـــسيس بهـــنام ، فى نظرية الفعل والفاعل والمسئولية ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، س٩ ، ١٩٦١ ، ع ٣ ، ٤ ، ص ١

(٢) أبـــو عيـــسى محمد بن عيسى بن سورة ، الجامع الصحيح " سنن الترمذى " ، محمود نصار الحلب بمصر ، ط١ ، ١٩٦٢ ، جـــ ٤ ، ص ٣١٨.

؟!! قال : لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم ، وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها لله عز وجل ؟!! " [1]

وكان النبى – صلى الله عليه وسلم – يحث على عدم تعيير المجرم بجريمته ، حتى لا تستمر نفسه فى ردغة الجريمة ، لا تخرج منها ، ويروي فى ذلك أن رجلا شرب الخمر فأتى به إلى النبى – صلى الله عليه وسلم ، فأقام عليه حد الشرب فقال بعض الحاضرين وهو خارج : أخزاك الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا تقولوا هكذا . لا تعينوا عليه الشيطان " [2]

وسأستهل العرض ببيان موجز لما قيل فى تعريف الجريمة ويلى ذلك تحديد أركانها من خلال ثلاث مباحث :-

المبحث الأول :- تعريف الجريمة

المبحث الثانى :- أركانها الأساسية.

المبحث الثالث :- أثر الإكراه فى المسئولية

---

(١) أبو زكريا يحى بن شرف النووى الشافعى ، رياض الصالحين ، دار الباز للنشر والتوزيع ، بدون تاريخ ، ص ٢٧

(٢) أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستانى الاذدى ، سنن أبى داود ، دار الجيل " بيروت " ، ١٩٨٨ ، جـ ٤

المبحث الأول

٧٩- تعريف الجريمة :-

لم يورد قانون العقوبات المصرى - شأنه فى ذلك شأن الكثير من التشريعات الجنائية - تعريفا عاماً للجريمة [١] تاركاً هذه المهمة للفقه ولقد اختلف الفقه بدوره فى تعريف الجريمة تبعا لاختلاف وجهات النظر.

ففى فرنسا ، يعرفها البعض بأنها (واقعة يحرمها القانون ويسمح بتوقيع العقاب على مرتكبيها [٢] ويعرفها آخر بأنها " واقعة مادية محددة معاقب عليها بواسطة قانون العقوبات ، ولا يمكن أن تكون مبررة بوصفها ممارسه لحقه أو أداء لواجب " [٣] ويعرفها ثالث بأنها "سلوك موصوف بهذه الصفة بواسطة القانون " [٤] والراجح فى الفقه الفرنسى فى تعريف الجريمة بأنها " كل فعل أو امتناع يعد اعتداء على النظام وعلى السكينة الاجتماعية ويفرض لها القانون عقاباً[٥]

---

(١) ومن التشريعات القليلة التى تعرف الجريمة القانون الاسبانى الصادر سنة ١٩٢٨ (المادة الأولى) والقانون البولونى الصادر فى سنة ١٩٣٢ (المادة الأولى) والقانون اليونانى الصادر فى سنة ١٩٥٠ (المادة ١٤) والقانون المجرى الصادر فى سنة ١٩٥٠ (المادتان ٢ ، ٣) ... د/ محمود محمد مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٣٥ - د/عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٤٢ .

(2)SoyEr (J.C.) “droit pénal et procedure pénale”L.G.D.J. ed. 1977 no. 57 P.53

(3)DESMONTS. (J.) : “Elements de droit pratique judiciaire”. T. I., ed. Librairies techniques, 1975, No. 506, P, 41.

(4)DECOCO (A) : “Droit penal general” ed. Armond colin, 1971, P. 61.

(5)VOUIN (R) ETLEAUTE (J.) “Droit penal et procedure pénalé themis, P.U.F., ED. 1969, P.13

كمـا تعـددت التعريفات التى أعطاها الفقه المصري للجريمة : فقد عرفها الـبعض بأنهـا "فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون جزاءاً جنائـيا " (١) وعرفها آخر بأنها " الواقعة التى تحدث فى دنيا الواقع الذى نعيش فيه عـن إرادة جنائية ، ويترتب عليها ضرر أو تهدد بخطر مصلحة يكون المشرع قد قدر سلفا جدارتها بالحماية فنص على تجريمها والعقاب عليها فى نصوص التجريم والعقاب " (٢)

ويعرفها فريق ثالث بأنها " كل فعل أو ترك نهى المشرع عنه ورصد لفاعله جزاء جنائيا(٣).

ومـن جمـاع مـا تقـدم يتبين أن تعريف الجريمة يتصارع بصدده ثلاث إتجاهـات أولهـا يفـضل التعـريف القانوني للجريمة ، والثاني يفضل التعريف الموضوعى أو الوضعى لها والثالث يجمع بين التعريفين :

٨٠ـ (أولا) التعريف القانونى (الشكلى) للجريمة :

ظهر هذا التعريف من خلال الأفكار التى نادى بها أنصار المدرسة التقليدية التى إهتمت بالجانب الشكلى للجريمة فركز أنصار تلك المدرسة على ما بين السلوك والقاعـدة الجنائية من تعارض يترتب عليه توقيع العقوبة الجنائية. فيعرف أنصار المدرسـة التقليدية الجريمية بأنها مخالفة الواقعة للتشريع الجنائى (٤) وأنها الخروج علـى أوامـر قانـون العقـوبات أو نواهيه ، خروجا يستتبع توقيع عقوبة ما على فاعله (٥) وآخرون قالوا بأنها إنتهاك للقانون أيا كان (٦).

وقـد اسـتند مـؤيدو التعريف الشكلى للجريمة من وجهة نظرهم إن القول باتفاقه مع الواقع القانوني. فالجريمة هى تقدير تشريعى يختلف من زمان إلى زمان

(١) د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ١٩

(٢) د/ سلوى توفيق بكير ، د/ على حمودة ، مرجع سابق ، ص ١٢٩

(٣) د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص ٢٩

(٤) د/ يـسر أنـور على ، شرح النظرية العامة للقانون الجنائى ، دار النهضة العربية ١٩٨٥ ، ص ٢٠٩

(٥) د/ رؤف عبيد ، علم الإجرام والعقاب ، دار الفكر العربى ، ١٩٨٠ ، ص٥

(6)- Canin , op. cit. p.8.

- Merle et vitu , op. cit. p. 23.

ومن مكان إلى مكان وذلك لأن فكرة التقدير التشريعى حقيقة واقعية وهي كذلك من أكثر الضوابط دقة فى تحديد الجريمة .

لــم يــسلم هــذا التعريف من نقده فقد قيل بأنه قاصر وغير واف لاهتمامه بالــشكل وحده مع إغفال بيان الخصائص التى تميز الفعل أو الترك ، لأن الجريمة مــستمدة من واقع الحياة ولذا يتعين عدم إغفال ذلك. كما قيل بأنه ينطوى على قلب للمــنطق فلــيس الجزاء الجنائى هو الذي يجعل السلوك جريمة ولكنه نتيجة لكون السلوك جريمة [1] ، وأخيراً قيل بعدم كفايته إذا أتى النظام القانوني يضم بين جنبيه جزاءات أخرى لا تشكل عقوبة كتلك المنصوص عليها فى القانون الإدارى .

٨١ـ (ثانيا) : التعريف الموضوعى للجريمة

نــادى بهذا التعريف أنصار المدرسة الوضعية وأنصب اهتمامهم فى المقام الأول على طبيعة الجريمة فقالوا بأنها إخلال جسيم بالقيم الأخلاقية السائدة ، وقالوا بأنها أفعال تحركها بواعث فردية أنانية تخل بشروط الحياة فى المجتمع وتنافى قيمه الخلقــية وكــان مــن أوائل الفقهاء الوضعيين "جارو فالوا وفيرى" وقد بلورا هذه الأقاويــل فى أحد تعريفين : الأول وهو يرتكز على الجانب الموضوعى للجريمة ، والثاني الذي يرتكز على الجانب الاجتماعى للجريمة [2].

---

(١) د/ على راشد ، د/ يسر أنور ، مرجع سابق ، ص ٢١٦

(٢) فالجــريمة التى تعارفت عليها كافة المجتمعات المتمدينة على تجريمها وعلى فرض الجزاء الجنائى على من يرتكبها تستند الى فكرة الجريمة الطبيعية délitnaturel – ويرجع أساس هذه الفكرة الى أن المجتمعات الإنسانية حينما تتجاوز المرحلة البدائية فى تطورها تتواضع على قدر معــين مــن المــشاعر الإنسانية قوامها " الشعور بالغيرية أو بالتعاطف نحو الآخرين " كنتيجة طبيعــية لقــبول أفــراد المجتمع الانضمام فى معيشة واحدة وبالتالى فإن المجتمعات الإنسانية المتمديــنة جمــيعا يتوفر لدى أفرادها قدر أدنى متماثلا تقريبا من هذه المشاعر الغيرية ، ولأن الجريمة فعل يضر بكل مجتمع لأنها تتعارض مع المشاعر الغيرية السائدة فيه فإن هناك أذن ما يمكن تسميته بالجريمة الطبيعية التى تتعارف عليها كل المجتمعات المتمدينة .

أمــا الجــرائم المــصطدفة أو غيــر الطبيعــية ، فهى الجرائم التى يخلقها المشرع خلقا استجابة لاعتبارات تتعلق "بتنظيم" المجتمع كجرائم التهريب الجمركى وهى لهذا تختلف باختلاف الزمان والمكان.

وقد تعرضت هذه الفكرة للنقد لأنها تتعارض أولا مع الواقع الاجتماعى وتتسم – ثانيا – بالغموض والقــصور ، وتقــوم ثالثا على أساس مشكوك فيه. وقد فشلت الى جوار هذه المحاولة محاولة أخرى سعت الى تعريف الجريمة من وجهة النظر الاجتماعية بأنها " كل سلوك مقترن بعقاب " سواء أكان هذا السلوك معاقبا عليه من الناحية القانونية أم لا. فالعبرة بجداره السلوك بالعقاب لا بتقريــره فعــلاً وقــد فــشلت هذه المحاولة لتبنيها لمعيار قلق قابل للاختلاف باختلاف الزمان والمكــان ...... د/ محمد ذكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص ٣٥ – د/ ماجدة فؤاد محمود ، الظروف المشددة – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، ١٩٨٨ ، ص ٢٤٠ .

الحقيقة هى أن الاتجاه الموضوعى أبرز جوهر الجريمة كواقعة ضارة بأمن المجـتمع وسلامه، إلا انه لا يصلح أساسًا لدراسة الجريمة كنظام قانوني. فلا يكفى لاعتبار واقعة ما جريمة أن تحتوي على مقومات الأضرار بمصالح اجتماعية لازمة لأمـن الجماعة ، وإنما يلزم أن تكون تلك المصالح قد أخذت بعين الإعتبار من قبل الـسلطة المنوط بها وتقييم الأفعال الضارة بمصالح المجتمع، أي السلطة المختصة بالتشريع ومن أجل ذلك نجد أن هناك أفعالاً ضارة بمصالح اجتماعية معينة دون أن ترقى الى مصاف الجريمة لأن المشرع لم يرها جديرة بالحماية الجنائية وما يترتب عليها من عقوبة [1] .

٨٢ـ (ثالثا) التعريف الذى يجمع بين الاتجاهين السابقين:ـ

هـناك اتجـاه توفيقى يجمع بين الإتجاه الشكلى الذى نادى به التقليديون ، والإتجـاه الموضـوعى الـذى نادى به فيرى وجارو فالوا ويدعو هذا الإتجاه الى تعـريف الجريمة بأنها " واقعة إيجابية أو سلبية مصدر خطأ إنسان. يعدها المشرع خطـرة أو ضـارة بالمصالح العامة أو العلاقات الاجتماعية ، ويرتب عليها النظام القانونـى عقـوبة جنائـية : وقد ضم هذا التعريف كلا من الركن المادي والركن المعـنوي وهما قطبا الجريمة كما أنه يبرز دور كل من المشرع والقاضى ، فنراه يركـز علـى أن المشرع هو مصدر التجريم وهذا يعنىاختلاف التجريم باختلاف الزمان والمكان [2].

---

(١) د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٩٢

(٢) ومـن أنـصار هذا الاتجاه Carrara حيث جمع فى تعريف الجريمة بين المظهرين الشكلى والموضـوعى ، فالجـريمة هى " مخالفة القانون الذى تصدره الدولة لحماية أمن المواطنين ، وتـتخذ هـذه المخالفة شكل السلوك الإنسانى (إيجابى أو سلبى) يحدث أثراً فى العالم الخارجى ويسند قانونا الى مرتكبيه "

هـذا وقد لجأ بعض الكتاب الفرنسيين الى وضع تعريف للجريمة يبرز العناصر الإرادية فيعرفها J. Aroux بأنهـا "تعبير عن إرادة إجرامية تأتى فعلا مخالفا للقانون ومعاقبا عليه " ...... د/ عادل عازر ، النظرية العامة فى ظروف الجريمة ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، ١٩٦٦ ، ص ٥ ، د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٢٤٢

ومن جانبنا نرجح هذا التعريف حيث يضم بين جانبيه ركنى الجريمة المادي والمعـنوى. فهـناك من الأفعال ما يكون متعارضاً من الناحية الشكلية مع القواعد التجـريمية ومـع ذلـك لا تكـون جريمة باعتبار أنها لم تضر بالمصلحة المحمية بنـصوص قانـون العقوبات مثل المساس بسلامة جسم أخر أثناء ممارسة لعبة من الألعـاب الرياضـية يحقـق مـن الناحية الشكلية السلوك المجرم بنصوص قانون العقـوبات المتعلقة بالضرب بينما لا تنشأ جريمة طالما كان فى إطار قواعد اللعبة. كمـا أن الذي يقتل آخر دفاعا عن النفس يحقق ، من الناحية الموضوعية ، جريمة القـتل بيـنما لا يكـون فعلـه جـريمة نظراً لأنه لم يضر بالمصلحة التى حماها المشرع [1] .

٨٣ـ موقف الشريعة الإسلامية :ـ

أصـل كلمـة جريمة من جرم بمعني كسب وقطع ، ويظهر أن هذه الكلمة خصصت من القديم للكسب المكروه غير المستحسن ، ولذلك كانت كلمة جرم ويراد منها الحمل على فعل حملاً آثما ، ومن ذلك قوله تعالى (ويا قوم لا يجرمنكم شقاقى أن يـصيبكم مثل ما أصاب قوم نوح أو قوم هود أو قوم صالح. وما قوم لوط منكم ببعيد) [2] أى لا يحملنكم حملاً آثماً شقاقى ومنازعتكم لى على أن ينزل بكم عذاب شـديد ، مـثل مـا نزل بمن سبقوكم ممن شاقوا أنبياءهم . ومثل قوله تعالى (ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى) [3]

ولـذلك يصح أن نطلق كلمة الجريمة على ارتكاب كل ما هو مخالف للحق والعدل والطريق المستقيم واشتقت من ذلك المعني إجرام وأجرموا ، فقد قال تعالى : (إن الـذين أجـرموا كانـوا من الذين آمنوا يضحكون) [4] وقال تعالى : (كلوا وتمتعوا قليلا إنكم مجرمون) [5] ومن هذا البيان نبين أن الجريمة فى معناها اللغوي تنتهى إلى إنهاء فعل الأمر الذي لا يستحسن ، ويستهجن ، وإن المجرم هو الذي يقع

(١) الجريمة هى الواقعة التى ترتكب إضراراً بمصلحة حماها المشرع فى قانون العقوبات ورتب عليها أثر جنائيا متمثلا فى العقوبة ... د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٩٣

(٢) سورة هود الآية (٨٩)

(٣) سورة المائدة الآية (٨)

(٤) سورة المطففين الآية (٢٩)

(٥) سورة المرسلات الآية (٤٦)

فـــى أمـــر غير مستحسن مصرا عليه مستمراً فيه لا يحاول تركه ، بل لا يرضى بتركه ، وذلك ليتحقق معني الوصف ، إذ أن معني الوصف يقتضى الاستمرار وإذا كانـــت كل أوامر الشريعة فى ذاتها مستحسنة بمقتضى حكم الشارع ، فعصيان الله تعالى يعد جريمة وكذلك ارتكاب ما نهي الله تبارك وتعالى عنه يعد جريمة [1] .

وهـــذا تعريف عام ، وليس بخاص ، فهو يعم كل معصية ولكن لأن الفقهاء ينظرون الى المعاصى من ناحية سلطان القضاء عليها وما قرره الشارع من عقوبة دنيوية - يخصصون اسم الجرائم بالمعاصى التى لها عقوبة ينفذها القضاء ، فيقول المـــاوردى فـــى تعـــريفها : " أنها محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير " [2] .

وإن تعـــريف الجـــريمة على هذا النحو ينتهى الى ما يقارب تعريف علماء القانون الوضعى لها، فإن الجريمة فى قانون العقوبات هى الفعل أو الترك الذي نص القانون على عقوبة مقررة لها، فإن بمقتضى ذلك القانون لا يعتبر الفعل جريمة إلا إذا كان ثمة نص على العقاب ، ولا عقاب من غير نص [3] .

٨٤- الجريمـــة والجنايـــة :-

وكثيـــراً مـــا يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجناية ، والجناية لغة : اسم لم يجنيه المرء من شر وما اكتسبه ، تسمية بالمصدر من جنى عليه شراً ، وهو عام ، إلا إنه خص بما يحرم دون غيره.

---

(١) الإمام محمد أبو زهرة ، الجريمة فى الفقه الإسلامى ، مرجع سابق ، ص ٢١

(٢) وعـــند التأمل فى هذا التعريف نجد أن الفقهاء جعلوا جوهر الجريمة أنها " محظور شرعى " أي فعـــل مـــا نهـــى الله عنه أو ترك ما أمر به " ويعني ذلك أن " الحظر الشرعى " أو " عدم المـــشروعية " ركن للجريمة " ، فلا جريمة فى سلوك لا يناقض نهيا أو أمراً . ونستخلص من ذلك أن نظرية عدم المشروعية أو نظرية الركن الشرعى للجريمة قد عرفت فى الفقه الإسلامى ، واستند اليها فى استخلاص العديد من القواعد ... د/ محمود نجيب حسنى مدخل للفقه الجنائى الإسلامى ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٤ ، بند ٧ ، ص ٤

(٣) عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص ٦٧

أمـــا فـــى الاصطلاح الفقهى فالجناية : اسم لفعل محرم شرعاً ، سواء وقع الفعل على نفس أو مال أو غير ذلك .

لكن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه ، وهى القتل والجرح والضرب والإجهاض. [١]

٨٥ـ الأساس فى اعتبار الفعل جريمة :ـ

الأســاس - بلا شك - فى اعتبار الفعل جريمة فى نظر الإسلام هو مخالفة أوامــر الــدين [٢] بيد أنه يلاحظ آمران أولهما : أن أوامر الإسلام كلية لا جزئية ، فالقــرآن الكــريم قــد نص على عقوبة عدة جرائم تبلغ ستة : هى البغى ، وقطع الطــرق، والسرقة ، والزنى ، وقذف المحصنات ، والقصاص بكل شعبه . وزادت السنة عقوبة شرب الخمر والردة وغيرهما.

الأمــر الثانــي : إنـــه لابـــد من ملاحظة أن هناك أصلا جامعا تنتهي اليه العقــوبات الإسلامية ، ومعني كونه جامعا انه يرجع اليه فى كل عقوبة تقرر بحكم تعزيــرى وذلك لأن التعزير تنفيذ لأمر دينى هو العمل على إصلاح الجماعة ومنع العبث والفساد [٣].

---

(١) " الجــنايات " جمــع جناية ، والجناية لها معنيان : معنى فى اللغة ، ومعنى فى الاصطلاح فمعناها فى اللغة : كل فعل وقع على وجه التعدى ، سواء كان فى النفس أو المال ومعناها فى عرف الفقهاء : التعدى على الأبدان.
فسموا ما كان على الأبدان جناية وسموا ما كان على الأموال غصبا وإتلافا ونهباً وسرقة وخيانة ... عــلاء الدين بن الحسن على بن سليمان المرداوى ، الأنصاف ، مؤسسة التاريخ العربى "بيــروت" ، بــدون تــاريخ ، حــ٩ ، ص٤٣٣ -- موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد ، مرجع سابق ، ص ٣١٨.

(٢) د/ محمد على السالم عياد الحلبى ، مرجع سابق ، ص ٩٦

(٣) التجــريم والعقاب فى الأنظمة الجنائية الوضعية متغير من مكان لأخر ومن زمان لآخر تبعا لــتطور المــصالح وتجــددها ... بيــنما فى النظام الجنائى الإسلامى نجد أن هناك قدرا من المــصالح الثابــتة والتى لا تتغير ولا تتبدل بتغير المجتمعات ، والطائفة الأولى من المصالح يشكل الاعتداء عليها أو الإضرار بها جرائم الحدود بينما الطائفة الثانية يشكل الاعتداء عليها أو الإضرار بها جرائم التعزير والمصالح الجوهرية الثابتة تتمثل فى حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ النسل وحفظ العقل وحفظ المال ...
أمــا المصالح المتغيرة وهى التى تبدو فيها مصلحة الجماعة غالبة فى فترة زمنية معينة فقد ترك أمــر تقديرها والعقاب على من يعتدى عليها أو يتهددها بالضرر الى سلطة التشريع الوضعى ... محمــد أبو زهر ، مرجع سابق ، ص ٢٨ - د/ مأمون سلامة ، العقوبة وخصائصها فى التشريع الإسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ، س٤٨ ، ١٩٧٨ ، ع١ ، ٢ ، ص١ .

المبحث الثاني
أركـــــان الجـريمـــة

٨٦ـ تمهيـــد وتقسيم :ـ

مـــن المعـــروف الشائع انه فى التشريعات القديمة كانت الجريمة تقوم على أساس مادي محض، أي أن أساس المسئولية كان أساساً مادياً يقوم على صلة السببية المادية بين الفاعل والجريمة دون النظر إلى الصلة المعنوية بين ملكات العقل ونتائج الفعل (١).

وبظهور المسيحية وتعاليمها، أصبحت الخطيئة أساساً للعقاب وأصبح الإسناد المـــادي لـــيس بكاف لقيام المسئولية الجنائية وتأيد هذا الاتجاه بقيام الثورة الفرنسية بظهور قانون نابليون سنة ١٨١٠ ومنذ ذلك الحين أصبحت المسئولية الجنائية قائمة على المسئولية المعنوية بحيث انه عند النظر فى مسئولية شخص عن جريمة أصبح لا يكفى أن يثبت أن الجريمة حدثت بعمله أو امتناعه بل أصبح لزاما على القاضى أن يتثبت أيضا من توافر الخطأ العمدى أو غير العمدى على حسب الأحوال ، قبل الحكم عليه بالعقوبة المقررة قانوناً. فإذا رأي أن المتهم عديم الإدراك أو الإرادة فى وقت ارتكابه " الجريمة " كالمجنون " أو المكره مثلا وجب أن يقضى ببراءته. كذلك أصبح الإنسان هو المسئول الوحيد جنائيا. (٢)

ومنذ ذلك أصبح السائد فقها أن المسئولية الجنائية يتحدد مفهومها على أساس أخلاقـــى ، فهى إذاً التزام شخص عاقل حر بتحمل العقوبة التى حددها القانون عند

---

(١) د/ عبد الرحمن حسين على ، مرجع سابق ، ص٤

(٢) د/ محمد عمر مصطفى ، الجريمة وعدد أركانها، مجلة القانون والاقتصاد ، س٣٦، ١٩٦٦ ، ع١ ، ص١٤٣

ارتكاب فعل يعد جريمة . (٣) وذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أن دراسة الجريمة تستوجب ضرورة تجزئتها - كما أشرنا سلفاً - الى عناصر منفصلة حتى يمكن فهم الجريمة كواقعة قانونية ... وهذا يصل بنا الى الكلام عن رأى الفقه فى تحديد أركان الجـــريمة واختلاف الفقهاء فى الإصطلاح المستخدم بهذا الصدد وأثر الإكراه عليها وذلك من خلال مطلبين :-

المطلب الأول : تحديد أركان الجريمة .

المطلب الثاني : أثر الإكراه عليها.

---

(١) كان فريق من الفقهاء يميز أحياناً بين " نظرية الجريمة " التى يقيمها على الركنين أو الثلاثة ، وبـــين " نظـــرية المسئولية الجنائية " التى يقيمها على دعامتين فقط هما " الإسناد المادي " و " الإســـناد المعـــنوي " والحقـــيقة هى أن هاتين الدعامتين ليستا شيئاً آخر سوى الركنين المادى والمعـــنوى للجـــريمة قانوناً وتوفر هذين الركنين يعنى توفر المسئولية الجنائية فى حق المتهم بجـــريمة فلا أساس إذن للتمييز بين نظريتين هما شئ واحد. وأكثر من ذلك فإن فصل " نظرية المـــسئولية الجنائية عن نظرية الجريمة ، واختصاصها بفكرة " الإسناد " ، أدى الى حصر تلك النظـــرية فـــى نطاق طائفة معينة من الجرائم هى تلك التى تتطلب لوجودها توفر " الذنب " أو الخطـــأ فى المسلك الذهنى أو النفسانى للجانى. ذلك بأن " الإسناد المعنوى " هو كناية عن نسبة الذنب أو الخطأ فى أية صورة الى المتهم. هذا بينما الجانب الأكبر من الجرائم – وبخاصة فى عـــصرنا – هو من نوع " الجرائم القانونية التنظيمه والوقائية " – وكلها لا يصدق عليها معنى الـــذنب أو الخطأ ، ولا معنى " الإسناد المعنوى " بالتالى. وعلى ذلك فإن التوحيد بين نظريتى الجريمة والمسئولية الجنائية عنها – فضلا على انه وضع للأمور فى نصابها الصحيح فلسفيا – لـــه ميـــزة تجنب ذلك الخطأ الذي كثيراً ما أدى الى عيب آخر شائع فى الفقه النيو كلاسى هو التعميم ... د/ على راشد ، المدخل وأصول النظريات ، مرجع سابق ، ص ١٣٢ .

المطلب الأول
تحـــديد أركـــان الجريمـــة

٨٧ـ المعني اللغوى لكلمة ركن :

ركن الشئ فى اللغة هو جانبه الأقوى ، وأركان الشئ هى جوانبه التى يستند اليها ويقوم بها(١) أما العنصر فهو أصل الشئ لذا نرى أن تسمى المقومات الأساسية للجـــريمة " بالأركـــان " وتسمى المقومات المتفرعة عن هذه الأركان عند تحليلها " بالعناصـــر " ويـــسود فى الفقه المصرى اتجاه نحو تقسيم الجريمة الى أركان وهو الـــراجح فى نظرنا والدراسة المنهجية يجب أن تبدأ بالأركان الأساسية فذلك يساعد علـــى تقـــسيم كل ركن بدوره إلى عناصره التكوينية التى تتفق مع طبيعته وتختلف بالتالى عن عناصر الأركان الآخرى (٢).

٨٨ـ المعنى الاصطلاحى للركن :ـ

اختلف الفقهاء فى تحديد أركان الجريمة لعدم وجود نص قانوني مكتوب (٣) وقـــد ذهب الفقه التقليدى إلى أن الجريمة الجنائية تقوم على ركنين لا ثالث لها هما

---

(١) لسان العرب ، مرجع سابق ، ص ١٧٢١ .

(٢) د/ آمال عبد الرحيم عثمان ، مرجع سابق ، ص ٢٠٩ – د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ١٢٧ .

(٣) وفكـــرة أركان أو عناصر الجريمة فكرة حديثة نسبيا لم تستخدم صراحة الا مع مطلع القرن التاسع عشر وكان ذلك من خلال التعليمات التى كان يصدرها المستشار الفرنسى Barris الذي رأس الدائـــرة الجنائـــية بمحكمـــة النقض الفرنسية حيث جاء فيها أن " كل جريمة تتكون من عنصرين : فعل يتحصل فى الماديات ، وعمد يقود الى هذا ويحدد الجانب المعنوي فيه ".

ثـــم اســـتخدم الفقهـــيان CHAUVEAU et HELIE تعبيـــر عناصر الجريمة فى إطار تحليل الجريمة الى مقوماتها فى مجال قانون العقوبات الخاص كذلك استخدام الفقيه TrE BUTIEN تعبير العناصر التكوينية

Elements Constitiifs فى بابين فى مؤلفه الباب الثالث بعنوانه " الواقعة المادية كعنصر أول للجـــريمة والـــباب الـــرابع وعنوانه " الإرادة الاثمة كعنصر ثانى للجزيمة .ثم أصبح مصطلح أركـــان أو عناصـــر الجريمة عملية متداولة بين كافة الكتب الفقهية مع إضافة بعض العناصر الأخرى الى عنصرى الجريمة.

ROBERT (Dacques – Henri) : "L'histoire des éléments de L'infraction "R.S.C. 1977, NO.2. p.p. 271.

الــركن المادى والركن المعنوى والركن المادى هو الفعل الذى يحقق الاعتداء على الحــق الــذى يحمــيه القانون ويتكون فى أغلب الجرائم من ثلاثة عناصر : سلوك إيجابى أو سلبى ، ونتيجة معنية ، وعلاقة سببية بينهما .

أمــا الــركن المعنوى فهو الإرادة المصاحبة للسلوك والتي تتجه على نحو معين يختلف فى الجرائم العمدية عنها فى الجرائم غير العمدية وتتكون فى ظروف تسمح باستظهار الإثم فى مسلك الفاعل (١).

غيــر أن الــبعض يذهب إلى أن التحليل الدقيق للجريمة يثبت قيامها على أركــان ثلاثة. بالإضافة الى الركنين السابقين. هناك ركن ثالث هو الركن الشرعى ويقصد به البعض نص القانون الذى يحدد الجريمة ويبين عقوبتها (٢) بينما يقصد به الــبعض الآخر الصفة غير المشروعة التى يكتسبها إذا توافر له أمران : خضوعه لنص تجريم يقرر فيه القانون عقابا لمن يرتكبه وعدم خضوعه لسبب إباحة ، إذ أن انتفاء أسباب الإباحة شرط ليظل الفعل محتفظاً بالصفة غير المشروعة التى اكسبها له نص التجريم (٣). وهذا ما ذهب اليه بعض الفقه الفرنسى من إضافة عنصر رابع لأركــان الجريمة هو عنصر العدوان أو البغى "L'élément d'antijuridicite"

---

(١) ومن أنصار هذا الاتجاه :

د/ عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٤٨ – د/ محمد عمر مصطفى ، مقال سابق ص ١٤٧ – د/ عبد العظيم مرسى الوزير ، مرجع سابق ، ص٣٠ – د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ١٤٥.

- LucAs de LEyssAC (M. P.) "Decision de justice civile et repression pénalé" these Paris. 1975 P. P. 182 et. S.
- Salvage , O. P. Cit. NO 56 P. 31

(٢) د/ عــوض محمــد ، مرجع سابق ، ص ٥٢ – د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٣٦.

(٣) د/ نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٤٦ – د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص ١٣١ – د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٣ .

- STEFANI (G) et LEVASSEUR (G) "droit pénal general Dalloz, ed, 1976. No 84, p.104.
- Levasseur (G). Bouloc (B) et vitu (A) "Le droit pénal géneral, Dalloz 2000, No 210, p 197.
- Canin, op. Cit. p. 8.

ويقــصد به ألا يكون السلوك الإجرامى استعمالاً لحق أو أداء لواجب .[1] ويضيف آخرون أن مرجع الخلاف بين الفقهاء يكمن فى تحديد الوضع الذي يتعين أن ندرس فــيه أسباب الإباحة فالذين حصروا أركان الجريمة فى ركنين ألحقوا أسباب الإباحة بالــركن المعــنوى على أساس أن سبب الإباحة يعنى الخطأ أما الذين قالوا بثلاثية أركــان الجــريمة فإنهم جعلوا أسباب الإباحة من موضوعات الركن الشرعى على أساس أن قاعدة التحريم لا تطبق على الفعل [2] .

ومــن جانبنا نرى الأخذ بالتقسيم الثنائى للجريمة ونرى عدم التسليم بوجود الــركن الــشرعى أي الــنص الذى يجرم الفعل وينص على عقوبة لأن هذا النص باختصار هو خالق الجريمة ومنشئها وليس من الصواب أن يقال أن الخالق عنصر فيما يخلقه ، إضافة الى ذلك أن اعتبار نص التجريم عنصر فى الجريمة سوف يثير صعوبة تتعلق بالقصد الجنائى ذلك لأن القصد وفقا للراجح هو إرادة النشاط وإحاطة العلم بالعناصر الأخرى للجريمة.

الأمــر الــذي يتطلب فى حالة اعتبار النص عنصراً فى الجريمة – إحاطة العلــم بــنص التجريم ، وهو ما يصطدم بما هو مقرر من عدم جواز العذر بجهل قاعدة جنائية أو الخطأ فى فهمها.

أمــا إذا ما ذهبنا الى القول بأن الركن الشرعى هو الصفة غير المشروعة للفعــل فــإن هذا القول لا يختلف فى شئ عن القول بأن الركن الشرعى هو النص الذي يجرمه لأن مرجع الصفة غير المشروعة هو النص وليس من المعقول الفصل بــين النص وحكمه إضافة الى أن الصفة لا تتميز عن نص التجريم بل هى جوهره وانعكاسه فهى مستخلصة منه وبالتالى فحكمها حكم نص التجريم.

---

(١) LARGUIER (J) "Droit pénal general et procedure pénalé" Dalloze eéd., 1967, p. 8.

LEVASSEUR (G) et (CHAVNNE (A) : "Droit Pénal et procedure penalé" 2 e éd sirey 1975. No 96, p. 13.

(٢) د/ محمــود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٣٧ – د/ هلالى عبد اللاه احمد ، مرجع سابق ، ص ٤٣ – د/جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ١٤٥ .

ولا يشفع لإعتبارها ركنا فى الجريمة صعوبة تحديد موضع أسباب الإباحة فى النظرية العامة للجريمة إذ تحديد أركان الجريمة شئ ومنهج دراسة الجريمة شئ آخر. وعلى هذا غالبية الفقه فى مصر.(١)

٨٩ـ أركان الجريمة فى الفقه الإسلامى :-

سبق وأن بينا تعريف الجريمة وهي محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير ، وأن المحظورات هى : إما إتيان فعل منهى عنه ، أو ترك فعل مأمور به ، وقلنا : إن المحظورات وصفت بأنها شرعية لأنها يجب أن تكون محظورة بنصوص الشريعة (٢) .

ولما كانت الأوامر والنواهى تكاليف شرعية فإنها لا توجه إلا لكل عاقل فاهم التكاليف ويتبين مما سبق أن للجريمة بصفة عامة أركان لابد من توافرها فهذه الأركان ثلاثة.

أولاً : أن يكون هناك نص يحظر الجريمة ويعاقب عليها.

ثانياً: إثبات العمل المكون للجريمة سواء كان فعلا أو امتناعا وهذا ما نسميه فى اصطلاحنا بالركن المادى.

ثالثاً : أن يكون الجانى مكلفا أي يكون مسئولا عن الجريمة وهذا ما نسميه بالركن الأدبى.(١)

ونحن من جانبنا نرى أن الركن الشرعى لا يعد من أركان الجريمة وذلك لقوله تعالى : " قل أى شئ أكبر شهادة قل الله شهيد بينى وبينكم وأوحى الى هذا القرءان لا نذركم به ومن بلغ أءنكم لتشهدون أن مع الله إلهة أخرى قل لا أشهد قل

---

(١) د/ عبد العظيم مرسى وزير ، مرجع سابق ، ص ٢٧ – د/ محمد عمر مصطفى ، مقالة سابقة ، ص ١٤٥ ، د/عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٤٨ ، د/ محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق، ص ٤١ – د/ على راشد ، المدخل وأصول النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص ٢١٨ – د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص١٩ ، د/أحمد فتحى سرور ، مرجع سابق ، ص ٢٥٦ – د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص٥١ – د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٢٥٠.

(٢) راجع ص١٠ من الرسالة.

(٣) عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص ١١٠ ، د/ محمود نجيب حسنى ، مدخل للفقه الجنائى الإسلامى ، مرجع سابق ، ص٤.

إنمـــا هـــو اله واحد وإننى برئ مما تشركون " (١) ووجه الاستدلال أن الإنذار هو الخبـــر المخـــوف وتبليغ القرآن والسنة مأمور بها ويؤيد ذلك ما ورد فى الخبر من بلغـــته آية من كتاب الله فقد بلغه أمر الله أخذ به أو تركه ، ومعلوم أن الشريعة فيها أوامر ونواهى والنواهى شاملة للقصاص والحدود وغير ذلك فالمأمور لابد أن يعلم بمـــا ارتكبه حتى تأثم إرادته فى اتجاها لفعل المعصية (٢) ومنها قوله تعالى : " من اهـــتدى فإنما يهتدى لنفسه ومن ضل فإنما يضل عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً " (٣).

ووجـــه الاســـتدلال بالآيـــة أن الأحكام الشرعية التى يخاطب بها المكلفون لا تلزمهم حتى يبلغوا وهذا بمفهومه يشترط العلم للتكليف وهو عام فى كل الأحكام بمـــا فيها أحكام القصاص والحدود وغير ذلك وفى الآية دليل على أن الأحكام فيها أوامر ونواهى ولابد من معرفتها معرفة الثواب (٤).

ممـــا سبق يتبين أن الأحكام المعلومة من دين المسلمين بالضرورة لا يعذر أحـــد بجهلها سواء كان بدار الإسلام أو دار الكفر. فاعتبار النص ركنا فى الجريمة يصطدم بهذه القاعدة (٥) هذا من ناحية ومن جانب آخر فالجريمة فى معناها اللغوى تنتهى إلى أنها فعل الأمر الذى لا يستحسن ، وإن المجرم هو الذى يقع فى أمر غير مستحـــسن مـــصرا عليه مستمراً فيه لا يحاول تركه فعصيان الله تعالى يعد جريمة وكذلك ارتكاب ما نهى الله تبارك وتعالى عنه يعد جريمة (٦) .

فـــالله ســـبحانه وتعالى هو مبعث الرسالة الإلهية " وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين " (٧) فمن غير المتصور أن تكون أوامر الشارع ونواهيه ركنا فى الجريمة فليس من الصواب أن يكون الخالق عنصر فيما يخلق.

---

(١) سورة الأنعام الآية (١٩)
(٢) لأبـــى بكـــر عـــبد الله محمد بن أحمد الخزرجى القرطبى ، الجامع لأحكام القرآن ، دار الغد العربى بمصر- طبعة دار الشعب ، بدون تاريخ ، حـــ ٣ ، ص ٢٤٨٥ .
(٣) سورة الإسراء الآية (١٥)
(٤) وفـــى تفسير الآية أى لم يترك الخلق سدى بل ارسلنا الرسل وفى هذا دليل على أن الأحكام لا تثـــبت إلا بالـــشرع خلافـــا للمعتزلة القائلين بأن العقل يقبح ويحسن ويبيح ويحظر ... تفسير القرطبى ، مرجع سابق ، حـــ ٥ ، ص٣٩٦٠.
(٥) د/ طـــارق محمـــد غزالى ، دراسة مقارنة تطبيقية بين الشريعة الإسلامية والنظريتين النفسية والمعيارية ، مجلة القانون والاقتصاد ، س٦٤ ، ١٩٩٤ ، ص ١٢٦ .
(٦) راجع ص١٠ من الرسالة.
(٧) سورة الأنبياء الآية : (١٠٧)

المطلب الثاني
تأثير الإكــراه علــى ركنــى الجريمـــة

سـبـق وأن بيـنــا أن للجريمـــة ركنين مــادي ومعنوي وهذان الركنان يجب توافرهما لكى تقوم الجريمة.

وعليه سنتناول أثر الإكراه على هذين الركنين :

٩٠- أثر الإكـراه المادى علـى الركـن المادى للجريمة :

إن مـسئولية المكـــره الجنائـــية تمتنع بالتطبيق للأصول العامة فى قانون العقــوبات دون حاجة إلى نص يقرر ذلك وتطبيق هذه الأصول يؤدي بنا الى القول بــأن من باشر الإكراه يكون فى حقيقة الأمر هو الذى ارتكب الفعل المعاقب عليه ، أمــا مــن وقع عليه الإكراه فلم يكن سوى أداة أو وسيلة فى يد المكره الأمر الذى يـستوجب تقرير مسئولية المكره جنائيا وإعفاء المكره منها والإعفاء هنا لا يتقرر بانتفاء الركن المعنوى بل أيضاً لأن الفعل المادى للجريمة لم يصدر عن المكره بل صدر عن غيره [١].

---

(١) د/ عــبد العظيم مرسى الوزير ، شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ١٩٩٩ ، ص ٥٧٦ – د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٦٥.

ففى حالة الإكراه المادى تعدم الإرادة فتمحو " السلوك الإنسانى " عند الفاعل وتحول بالتالى دون إسناد الجريمة اليه من الناحية المادية (١) ومن ثم لا تقوم رابطة السببية بين عنصرى الركن المادى للجريمة لكون أن السلوك صدر عن غير اختيار ولـذلك يعـد الحـدث المادى من قبيل الظاهرة اللاشعورية مما يؤدى إلى إستحالة انتساب السلوك إلى الفاعل ومادام الفاعل يعد أجنبيا عن سلوكه فالنتيجة التى يعاقب عليها القانون لا تتحقق (٢).

---

(١) غير أن البعض يذهب الى أن الإكراه المادى ذو أثر على الركن المعنوى فيعدمه أو ، بمعنى أصـح ، يمنع من قيامه ولا يكون على الركن المادى لأن المكره نفسه هو الذى يأتى بالفعل المـادى المكـون للجريمة إذا كانت الجريمة إيجابية ، أو لم يقم بما فرضه القانون إذا كانت الجـريمة سـلبية فالـركن المـادى فى حالة الإكراه المادى متوافر ولم يتخلف سوى الركن المعنوى ... د/ محمد عمر مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٤٨.

ونحـن من جانبنا لا نسلم بهذا الاتجاه لأن الإكراه المادى يمحو السلوك الإنسانى والسلوك هو نـشاط الإنـسان فـى العالم الخارجى القائم حوله سواء تمثل فى حركة الجسم أو عضو من أعضائه أو فى سكون جثمانى هو طريقة قيادة الإنسان نفسه إزاء العالم الخارجى المحيط به والنـشاط الذى يعتد به القانون هو النشاط الذى يكون وراءه واقع طوعى أو بمعنى آخر هو سـيطرة الإرادة علـى كـل أجزاء الحركة العضوية وتوجيهها لها على نحو معين وفى هذا الصدد يجب عدم الخلط بين إرادة السلوك بوصفها عنصرا فى القصد أى فى الركن المعنوى وبـين إراديـة الـسلوك بوضـعها عنصرا فى الركن المادى سواء كان فعلا أو امتناعا – ولإيضاح ذلك إذا أمسك – أ – فجأه بيد – ب – القابض على سلاح نارى ثم ضغط على يده مما أدى الى إطلاق المقذوف الذى أصاب (حـ) فأرداه قتيلا ففى هذه الحالة لم يكن المكره الإمقتاد للعوامل الخارجية المادية فنشاطه يعد منعدما فى صحيح القانون ذلك لأن يده ما كانت إلا أداة لتنفيذ عمل – أ – وبإنعدام إرادية السلوك ينعدم النشاط وبالتالى الركن المادي للجريمة ... د/ رمسيس بهنام ، مقال سابق ، ص٣٨ – د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص٢١٧ ، د/ زنون احمد الرجبو ، مرجع سابق، ص٧٩.

(١) علاقـة السببية صلة تربط ما بين الفعل والنتيجة الإجرامية ولم يثر شك قط فى انتماء الفعل والنتـيجة الـى الـركن المادى ومن ثم فلا يجوز أن يثور شك فى أن الصلة التى تربط بين عنـصرين للركن المادى تنتمى بالضرورة الى هذا الركن كذلك. وجوهر علاقة السببية أنها مجموعة من الآثار المادية التى تترتب على الفعل مباشرة ثم تطورت وتلاحقت حتى تبلورت فى النهاية فى صورة النتيجة الإجرامية ويعني ذلك أن لها طبيعة مادية ويقتضى ذلك أن تحل فـى ركن الجريمة ذى الصفة المادية ... المستشار/ عز الدين الديناصورى – د/ عبد الحميد الشوربى ، المسئولية الجنائية ، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون تاريخ ، ص١٩.

٩١- آثر الإكراه المعنوى على الركن المعنوى للجريمة :-

فكـــرة الإكراه المعنوى منذ فجر التاريخ حتى الآن تتراوح بين نظريتين الأولى : النظـــرية التى سادت قروناً وهى تلك التى توصف بالنظرية " النفسية " وهي تصور الإثم علـــى أنـــه محض علاقة نفسية تربط بين الفاعل والواقعة الإجرامية وتتخذ صورة القصد الجنائى أو صورة الخطأ " الغير عمدى " (١) .

---

(١) ويذهب أنصار هذه النظرية الى القول إذا كانت الإرادة متوفرة فى كل من العمد وحالة الخطأ الواعـــى فإن الفرق بين الحالتين ينصرف الى طبيعة القاعدة الجنائية التى تقع الجريمة أخلالا بهـــا. فالقواعد التى يخالفها القصد تختلف فى مضمونها عن القواعد التى يخالفها من يرتكب الجريمة بحالة الخطأ غير العمدى : فالأولى تنهى عن تحقيق نتيجة ضارة ، أما الثانية فتنهى عن تحقيق فعل ينطوى على خطر إحداث النتيجة ، وشكل الإثم المكون للركن المعنوى واحد فى الحالتين ويتمثل فى قصد الإضرار أو قصد الخطر.

ومفـــاد ذلـــك أن الخطأ الواعى أو مع التبصر يكون صورة من صور العمد ، فى حين أن الخطأ غير الواعى أو بدون توقع يتخلف فى الموقف النفسى وكذلك الإرادة ومن ثم يخرج من نطـــاق الـــركن المعنوى لأن الجانى لا يعلم بالخطر الذى ينتج عن فعله ولم يكن يرغب فى الواقعة المكونة للجريمة ولا يجد العقاب عليه أساسه ولا تبريره إلا فى مبدأ المسئولية المادية.

ويعـــاب على هذه النظرية أنها حصرت الركن المعنوى فى مجرد علاقة نفسية وهذه العلاقة وحـــدها لا تستغرق هذا الركن بدليل أن العلاقة يمكن أن توجد فى بعض الأحوال بين الجاني والواقعة ومع ذلك لا يتحقق الإثم فعديم الأهلية كالمجنون والصبى غير المميز يستطيع توجيه الإرادة وتمثـــيل النتـــيجة الضارة ومع ذلك لا ينسب اليه قانوناً وهو ما عليه فى حالة الدفاع الشرعي والإكراه المعنوى.

كمـــا أخـــذ علـــى النظرية كذلك أنها تتعسف فى إثبات إرادة النتيجة فى حالة الخطأ الواعى. فالقول بأن الفاعل فى هذه الأحوال قد أراد الواقعة الخطرة لأنه باشر النشاط عن اعتقاده بأن النتـــيجة الـــضارة لم تقع فى حالته الخاصة غير صحيح لأنه فى الحقيقة لم يوجه إرادته الى الـــواقعة الإجـــرامية بـــرمتها وإنما الى شق منها هو السلوك وحده دون النتيجة ... د/ عمر السعيد رمضان ، بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم ، مرجع سابق ، ص٣ – د/ مأمون سلامة ، الأحكام العامة للمسئولية الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد ، عدد خاص ، ١٩٨٣ ، ص٤٨٧ – د/حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص٢٩٧.

والثانية النظرية المعيارية وطبقا لهذه النظرية أصبح الإثم حكما يصدر على مسلك الفاعل مضمونه لوم هذا المسلك أو استنكاره نتيجة لمخالفة للواجب الذى تفرضه القاعدة القانونية التى يضعها نص التجريم ويتطلب هذا الحكم لإمكان صدوره فضلا عن التحقق من توافر الرابطة النفسية بين الفاعل والواقعة الإجرامية فى صورة القصد أو فى صورة الخطأ بحث الظروف التى عمل فيها الفاعل والتى تكونت إرادته تحت تأثيرها وذلك لمعرفة ما إذا كان القانون يتطلب من الفاعل فى هذه الظروف إحترام القاعدة التى يتضمنها نص التجريم الذى خالفه أم لا. ففى الحالة الأولى يسوغ قانوناً مؤاخذة الفاعل على مسلكه ولومه فيتوافر الإثم فى جانبه أما فى الثانية فلا يكون ثمة محل لهذا اللوم وبالتالى يتخلف الإثم (١).

وطبقا لمفهوم النظرية المعيارية فإن الإكراه المعنوى ينفى الركن المعنوى للجريمة لأن من وقع عليه الإكراه قد سيقت إرادته إلى الجريمة بسبب ظرف شاذ لا يمكن أن تلوم الفاعل عليه لأن القانون لا يخاطب إلا الشخص العادى المحمل بالغرائز فلا يمكن أن يتطلب من الفاعل مسلكاً مختلفاً عن المسلك الذى اختاره تحت تأثير الإكراه إذا نظرنا الى الظروف غير الطبيعية التى تكونت فيها إرادته مع بقاء عدم مشروعية السلوك الإجرامى المكون للركن المادى (٢) .

فى حين يذهب البعض إلى القول بأن الإكراه الأدبى لا يمحو إرادة المكره بل تظل إرادته قائمة رغم ما يقع عليها من ضغط ، والنشاط الذى يصدر عنه تحت الإكراه لا يتحرر من صفة الإرادية بل يعتبر نابعاً عن إرادته فهو نشاط ينتمى اليه

---

(١) ولكن يؤخذ على هذه النظرية أنها تصور الركن المعنوى على انه مجرد حكم يلوم الفاعل من أجل مسلكه ، وهذا الحكم يصدر عن القاضى ، وهذه النتيجة تتعارض مع وضع الركن المعنوى باعتباره ركنا فى الجريمة ، كما أن وصف اللوم الذى تخلعه على إرادة الفاعل وتجعله جوهر الركن لا يقتصر على الإرادة وحدها وإنما يشمل الإرادة فى مجموعها .... د/محمود نجيب حسنى ، القسم العام ، مرجع سابق ، ص٥٠٣ - د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص٢٠٥ ، د/أحمدعوض بلال ، مرجع سابق ، ص٢٦٩ - د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص٢٩٧.

(٢) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٧٥- د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص٤٧٤ - د/احمد فتحى سرور، مرجع سابق، ص٥٢٠ - د/ ابراهيم ذكى اخنوخ ، مرجع سابق ، ص ٨٧ .

ماديا ومعنوياً ويظل المكره أهلاً لتحمل المسئولية [١] ونحن من جانبنا لا نسلم بهذا الــرأى لأن هــذا يعــد ترديداً لتعاليم النظرية النفسية ففى حين ينادون بأن الإكراه المعنوى لا ينفى الركن المعنوى ، الأمر الذى يتضمن قيام الإثم فى جانب الفاعل إذا بهم يلتمسون له الإعفاء من العقاب لأن الرجل العادى من شأنه لو وجد مكان المكره لارتكــب الجريمة مثلما أرتكب الأخير الأمر الذى يدل على انتفاء الإثم من جانب الفاعل والواقع انه أما أن يحمل الفاعل بالإثم وأما أن يرتفع عنه الإثم فلا يمكن أن يكون آثما وغير آثم فى آن واحد[٢] .

٩٢ـ أثر الإكراه على الإثم فى الفقه الجنائى الإسلامى :ـ

مــبدأ الإثم الجنائى ليس غريبا على الفقه الجنائى الإسلامى بل إن مضمونه معــروف فيه قبل الاعتراف به فى التشريعات الأدبية وتوضيح ذلك أن الشريعة قد وضــعت للتكالــيف شروطا تتعلق بالفعل موضوع التكاليف وكذلك شروطا آخرى تتعلق بالشخص المخاطب به ، وهى شروط ، عند إمعان النظر ، تأتى كتطبيق لمبدأ لا عقــوبة بغير إثم. فالفعل ينبغى أن يكون معلوماً للمكلف أو أن يكون فى مقدوره أن يعلم به علما وافياً وأن يكون فى مقدوره القيام به والمكلف نفسه ينبغى أن يكون قادراً على الإدراك والاختيار [٣] .

ويرفع الإثم لمن وجد عنده مانع من موانع الإرادة من ضرورة وإكراه وهذا ثابــت فــى قــوله تعالى : " من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم " [٤]

ووجــــه الاستــدلال بالآيــة أنهــا نص صريح فى رفع الإثم عن المكره وبالتالى انتفاء الركن المعنوى[٥] .

وعــن ابن عباس قال : قال رسول الله " صلى الله عليه وسلم " : (إن الله رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) . ووجه الاستدلال بالحديث أنه رفع الإثم عن فعل المخطئ والمكره والناسى ومن ثم انتفاء الركن المعنوى [٦] .

---

(١) د/ عوض محمد ، مرجع سابق، ص ٥٢٠ – د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص ٨٠٣.
(٢) د/ يــسر أنــور ، مــرجع سابق ، ص٨٢ ، د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص٨٠٣ ، د/ محمد السيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٨٧
(٣) د/ مأمــون سلامة ، الأحكام العامة للمسئولية الجنائية ، مرجع سابق ، ص٤٧٥ ومشار اليه د/ أحمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص٣١.
(٤) سورة النحل الآية رقم (١٠٦)
(٥) سبق الإشارة اليه فى المبحث الأول من الباب التمهيدى ص٣٩.
(٦) وقال الإمام الغزالي رحمه الله : الإكراه يسقط أثر التصرف عندنا إلا فى خمس مواضع :- إســلام الحربــى – القتل – الإرضاع – الزنا – الطلاق .... الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ، الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع الفقه الشافعى ، دار الكتب العلمية – بيروت لبنان – بدون تاريخ ، ص٢١٩ – ومشار اليه د/ طارق محمد غزالى ، مقال سابق ، ص١٣٠.

المبحث الثالث
آثـــر الإكـــراه فـــى المسئوليـــة

٩٣ـ تمهيـــد وتقسيم :ـ

الأصـــل وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية أن الأفعال جميعها مباحة ما لم يخضع المشرع منها لنص تجريم ينهى عنه ويقرر من اجله عقوبة ، صيانة لمصلحة معينة يـــراها المشرع جديرة بحمايته فإذا وجد نص التجريم أصبح الفعل جريمة فإذا جرم المـــشرع القـــتل ، فلأنه يهدف الى حماية حق الإنسان فى الحياة ، وإذا جرم أفعال الجـــرح أو الـــضرب ، فـــذلك مـــن أجـــل حق الإنسان فى سلامة جسمه وتكامله الجسدى (١).

غيـــر أن الصفة الإجرامية التى يكتسبها الفعل بخضوعه لنص تجريم ليست ثابـــتة فـــى كل الأحوال ، بمعنى أنه إذا تحققت ظروف معينة يقرر المشرع معها انـــتفاء علـــة التجـــريم – أي زوال أهمية المصلحة التى كان المشرع يراها جديرة بالحمايـــة الجنائـــية عند وضع نص التجريم – فإن الفعل يصبح مباحاً بعد أن كان مجرماً ويعفى مرتكبه من أية مسئولية جنائية كانت أم مدنية (٢).

وفى هذا الصدد يثار التساؤل حول التفسير الصحيح لعدم العقاب فى حالتى الإكراه المادى والمعنوى بالنسبة للمكرَه والمكرِه وهو ما نتناوله من خلال مطلبين .

المطلب الأول : المسئولية الجنائية للمكرَه.

المطلب الثاني : المسئولية الجنائية للمكرِه " القائم بالإكراه "

(1) Vitu, Traité de droit criminel, T. I ., 4 éme éd., paris 1981, No. 386. P. – 490.

- Pradel (J.), Droit pénal, T. I., 1981, éd., Gujas, Paris,
- No. 244. P.259.

(٢) د/ أحمـــد شـــوقى عمر أبو خطوة ، الأحكام العامة لقانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ ، جـــ١ ، البند٢٧٨ ، ص٣٠٦.

المطلب الأول
المسئوليـــة الجنائيـــة للمكـــرة

٩٤- تمهيـــــــد :-

إن المكـــره علـــى ارتكاب الجريمة إما أن يكره مادياً أو يكره معنوياً على ارتكابهـــا ، من ثم تثور مشكلة المسئولية الجنائية عن الجريمة التى ارتكبها المكره ماديا والمكره معنويا وهذا ما سوف نتعرض له.

٩٥- المسئولية الجنائية للمكره إكراها ماديا :-

لم يحدد المشرع المصرى فى نصوص قانون العقوبات حكم الإكراه المادى ولكـــن يمكـــن القول بأن المكره إكراها مادياً لا يسأل جنائيا لأن الذى ارتكب الفعل المعاقـــب عليه قانونا ليس هو المكره بل القائم بالإكراه ، فالمكره لم يكن سوى أداة اســـتخدمها القائم بالإكراه لتنفيذ الجريمة ، فالإرادة انتفت لدى المكره ومن ثم تنتفى المسئولية وهذا واضح من نص المادة - ١٢٢ -٢ من القانون الفرنسى الجديد حيث بينت سبباً آخر لإنعدام المسئولية هو الإكراه " فلا يكون مسئولاً جنائيا الشخص الذى يرتكب أي فعل تحت تأثير قوة أو إكراه .... " فالإكراه يسلب الإرادة ويجردها مـــن حـــرية الاختـــيار ولكـــن لا تلغى الجريمة إنما فقط ترفع المسئولية الجنائية للمكره [١] .

والـــرأي السائد فى تبرير عدم عقاب المكره - والذى نؤيده من جانبنا - أن الإكـــراه المـــادى يعتبر معدما للمسئولية الجنائية للمكره فلا يقوم الفعل من الناحية

---

(1) Desportes et le Gunehec , op. cit , No 671, p. 583.

- Laingue – les adages du droit pénal. Rev. Sc-Crim, 1986. P. 43

المادية - فالإكراه المادي يعدم النشاط الجنائي ويقطع رابطة السببية بين عنصري الركن المادى للجريمة [1].

٩٦- المسئولية الجنائية للمكره إكراها معنويا :-

سبق وأن بينا أن الإكراه المعنوى يمنع قيام الإثم لدى المكره ومن ثم ينتفى الركن المعنوى فى الجريمة حيث لا تتوافر شروطه ، فالمكره معنويا بالرغم من أنه لم يستخدم كأداة فى ارتكاب الجريمة بل أتى الفعل المكون للجريمة تحت وطأه الإكراه فإرادته لم تكن حرة والنشاط لم يصدر عن اختيار حيث أتى الفعل فى ظروف شاذة وضغط أدى إلى نفى الإثم فى حقه ، فالمكره معنوياً لا يسأل جنائيا عن الفعل الذى أتاه تحت وطأة الإكراه المعنوى [2].

ولقد تعددت الآراء الفقهية القائلة بعدم العقاب فى حالة الإكراه المعنوى فيري البعض أن الإكراه المعنوى يؤدي إلى انتفاء القصد الجنائى لدي المكره ولكن هذا الرأي لا يمكن الاستناد اليه كمبرر لأن المكره معنويا أراد الجريمة بموازنة بين شرين واختيار أحدهما فإرادته لم تنعدم بل ضاق نطاق إختياره ومن ثم فالقصد لم ينتف[3] .

---

(١) فى حين يذهب البعض الى أن عدم العقاب فى الإكراه المادى يستند الى توافر سبب من أسباب الإباحة ولكننا نؤيد ما يذهب اليه البعض بأن أسباب الإباحة هى أفعال مجرمة فى أصلها لكن المشرع لاعتبارات تتعلق بالمنفعة الجماعية ينفى عنها الوصف الإجرامي ويجعل الفعل المباح مطابقا للقانون فى حين أن الإكراه المادى معدم للإرادة لأن الفاعل لم يرتكب الفعل بل كان أداة وبالتالي لا يعدم الركن المعنوى كما أنه فى أسباب الإباحة يستفيد المساهم من الإعفاء إذا كان سبب الإباحة مطلقا مثل الدفاع الشرعي وأداء الواجب ، واستعمال الحق ولا يستفيد المساهم إذا كان السبب نسبيا مثل ممارسة الأعمال الطبية والحق فى التأديب فى حين أن الإكراه المادى لا يستفيد فيه المساهمون ولا يشملهم الإعفاء .

- ويري آخرون أن الإكراه المادى هو مانع من موانع المسئولية ولكن الإكراه المادى ليس مانعا من موانع المسئولية إذ محل البحث فى امتناع المسئولية أن تتوافر الإرادة ثم يثار التساؤل حول ما لها من قيمة قانونية أم إذا كانت الإرادة أصلا غير متوافرة فلا محل للبحث فى قيمتها .... د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص٥٦٠ – د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص٩٧٧ ، د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٧٠

(٢) راجع – ص ٢٤ من الرسالة.

(٣) د/ عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص٣١٠ ، د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، أثر الإكراه على الإرادة فى المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص٨٦

ورأى البعض الآخر إن الإكراه المعنوى هو عذر معفى من العقاب وإنه لا ينفـى الـركن المعـنوى [1]، وهذا الرأى لا يمكن الأخذ به . لأن الأعذار المعفية تفترض بقاء أركان الجريمة وشرط المسئولية وإن المشرع يحدد هذه الأعذار على سبيل الحصر .

(١) ويذهب البعض الى القول بأنه ليس فى قانون العقوبات نص يبين حكم الإكراه الأدبى ، بل انه لا ذكـر فيه لهذا الإكراه أصلاً. وإذا كان الفقه والقضاء يرتبان على الإكراه أثر فلأنه يجعل المكره فى حالة ضرورة ، وهذا يقتضى القول بأن للإكراه حكم الضرورة وعلتها وشروطها جميعا. والإكراه بهذه الصفة مانع من العقاب وتكمن علته فى انتفاء الخطورة الإجرامية لدي المكره ...... ومن أنصار هذا الرأى ...... د/ عوض محمد ، قانون العقوبات "القسم العام" ، مـرجع سـابق ، ص٥٩٨ – د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ص٨٠٦ – د/ محمد على السالم عياد الحلبى ، شرح قانون العقوبات الأردنى ، مرجع سابق ، ص٣٩٦ .
فى حين يذهب البعض أن موانع العقاب تتوافر لأسباب متعلقة بالجانى رغم توافر أركان الجريمة وتكامل عناصر المسئولية الجنائية وأنها لا تنفى ركنا الجريمة بل كل ما تفعله هو انها تحول دون توقيع العقوبة وهذا الأثر لا يترتب إلا لمن تقرر له الإعفاء وبالتالى من قبل الاستثناء لا يجـوز التوسيع فيه أو القياس عليه كما أن موانع العقاب أسباب قدرها الشارع لحسن السياسة ولتحقيق فائدة أجدر من العقاب ...... د/ هلالى عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص٣٦٩.

- وتخـتلف أسباب الإعفاء من العقاب عن الشروط الموضوعية للعقاب ففى الحالة الأولى تنـشأ سـلطة الدولة فى العقاب لخطة ارتكاب الجريمة وتكامل عناصرها القانونية وفقا للـنموذج القانونـي الذى يحدده المشرع فى القاعدة القانونية. ويعقب ذلك حدوث واقعة طبيعية أو مادية أو قانونية يرتب عليها القانون انقضاء سلطة الدولـة فى العقـاب قبل أن يـتم الاعتراف واقعيا بهذه السلطة من خلال الإجراءات التى حددها المشرع فى هذا الشأن.
- وفـى الحالـة الثانـية الخاصة بالشروط الموضوعية للعقاب ، لا تنشأ سلطة الدولة فى العقـاب عند ارتكاب الجريمة. فالقانون يعلق نشأة هذه السلطة على تحقيق شرط معين، ويقـصد بذلك أن الواقعة المكونة للجريمة تتحقق بكامل عناصرها التكوينية ولكنها تظل غيـر قابلة لترتيب آثارها القانونية الى أن يتوافر شروط العقاب وتقترب أسباب الإعفاء مـن العقـاب وشروط العقاب فى أن كلا منها لا يمس الصفة التجريمية للفعل وأن كلا مـنهما يتمـثل فـى حدث مستقل عن أركان الجريمة وعلى ذلك لا يشترك أي منها فى النموذج القانوني للجريمة.
- ومن الأسباب العامة للإعفاء من العقاب فى القانون المصرى وفاة المتهم والعفو الشامل الـذى يصدر قبل الحكم البات ، وتقادم الدعوى ...... والى جانب الأسباب العامة التى تـشمل عامة الجرائم نص المشرع على أحوال خاصة للإعفاء من العقاب تسرى على جـرائم معيـنة فيعفى الجانى فى جريمة الاتفاق الجنائي إذا أخبر الحكومة بوجود اتفاق جنائى وبمن اشتركوا فيه قبل وقوع أية جناية أو جنحة أو قبل ...... ونص المادة (٨٤) علـى إعفاء الجناة من العقوبة إذا بادروا بإبلاغ السلطات الإدارية أو القضائية قبل البدء فـى تنفـيذ الجريمة وقبل البدء فى التحقيق ... وفى جريمة الرشوة ، يعفى الراشى أو الوسيط من العقوبة إذا أخبر السلطات بالجريمة طبقا لنص الفقرة الأخيرة من المادة ٤٨ من قانون العقوبات (مادة ١٠٨) من هذا القانون ...... د/ آمال عبد الرحيم عثمان ، مقال سابق ، ص ٢٥٧.

والــرأى الصحيح والذى نؤيده أن التفسير الصحيح لعدم العقاب فى الإكراه المعــنوى هــو أنـــه مانع من موانع المسئولية وذلك لعدم توافر شروط قيام الركن المعــنوى فلا يكفى لتأثيم إرادة الفاعل أن يكون أهلاً لتحمل المسئولية الجنائية وأن تتــصرف إرادته إلى الفعل الذى يحرمه القانون أو الامتناع عن الفعل الذى يتطلبه القانون ، وإنما يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يكون الفاعل قد باشر نشاطه فى ظروف طبيعــية مــن شأنها أن تسمح بتكوين إرادة حرة واعية ، ومن باشر جريمته تحت وطــأة الإكــراه المعنوى يباشرها فى ظروف شاذة لا تسمح له بتكوين إرادة حرة فينتفــى الإثم ومن ثم ينتفى الركن المعنوى .(١) ويجب على القاضى لكى يقرر عدم مــسئولية المكــره معنويا أن يتعرف على قدرات الشخص وإمكانياته وما إذا كان

---

(١) د/ عمر السعيد رمضان ، بين النظريتين النفسية والمعيارية للإثم ، مرجع سابق ، ص٦٧ – د/ أحمــد فتحــى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص٥٢٢ – د/ محمد ســامى النبراوى ، مرجع سابق ، ص٤٣٠ ، د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، أثر الإكراه على الإرادة فى المواد الجنائية ، مرجع سابق، ص٨٨ .

- ويعلل البعض أن تأثير الإكراه بنفيه " الإثم " عن الإرادة ، وهذا الإثم يتمثل فى تقديرهم " بنــية الإضرار أو بالرغبة الشريرة التى تدفع فاعل الجريمة لاقترافها " . وهذا التعليل يجعــل من الإكراه مجرد " حدث طارئ " لا مانع مسئولية ، ذلك أن الحدث الطارئ هو الــذى ينفى عن الإرادة وصفها الجرمى بنفيه القصد والخطأ معاً ، ونفى الصفة الجرمية للإرادة هو نفى للإثم عنها ، وبذلك يكون هذا الرأى غير متسق مع خطة القانون ، ومن ناحــية ثانــية فالإثم يعنى حتما " نية الإضرار أو الرغبة الشريرة " فهذه عبارات غير محــددة المدلــول ، وإنما يعنى القصد والخطأ فى تعريفها المستقر وفى صورهما التى تخــتلف باختلاف الجرائم ... د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات اللبنانى " القسم العام " ، مرجع سابق ، ص٥١١ .
- ويذهب البعض الى القول بأن الإكراه الأدبى من موانع المسئولية رأى غير سديد ، لأن المسئولية مناطها التمييز وحرية الاختيار فإذا تحقق هذا المناط ثبتت وإذا تخلف امتنعت ، والمــراد بتخلف المناط عدم وجوده لا عدم تمامه ، فإذا توفر التمييز وحرية الاختيار قامت المسئولية ولو اعترى هذه الجريمة عارض ضاقت بسببه الى حد كبير. وإذا كانت السياسة الجنائية – فى تقدير البعض – تقتضى التماس العذر للجانى بسبب هذا العارض واعفــاءه مــن العقاب فإن التأصيل القانونى لا يقتضى بالضرورة إلحاق هذا العارض لموانــع المــسئولية واعتــباره قادحــاً فى الأهلية الجنائية ... د/ عوض محمد ، قانون العقوبات " القسم العام " ، مرجع سابق ، ص٤٩٩

المكره حقا لا يملك أي قدرة فى الاختيار ، أم يملك قدراً ضئيلا ويستفيد من امتناع المسئولية كل شخص ساهم فى هذا الفعل وليس ذلك لكون الإكراه مانع من موانع المسئولية عامة الأثر ، وإنما العلة أن شروط الإكراه يغلب توافرها بالنسبة لكل من ساهم فى الفعل . والقانون الفرنسي يذهب إلى أن الإكراه لا يعد مانعا من المسئولية إلا إذا أدي إلى تضيق حرية اختياره نتيجة تهديد من الغير بارتكاب فعل غير مشروع فالإكراه البسيط الممارس من الزوجة تجاه زوجها أو العكس أو الإكراه الممارس من المخدوم أو الموظف تجاه الخادم أو رئيسه فى العمل لا يعدم المسئولية عن الفعل المرتكب فيجب حتى يعتبر الإكراه مانعا من المسئولية أن تكون التهديدات كافية تماماً لحد الحرية والتفكير وأيضا إذا كانت الجريمة مرتكبة نتيجة تحريض - فالقضاء لم يقبل فكرة الإكراه المعنوى بصددها لأن التحريض لا يلغى المسئولية الجنائية للفاعل(١)

---

(١) Cass.crim, 27 janv. Et 3 mars, 1944, D 1944, 92 Paris 22 oct, 1963. J. C. P. 1964. 11.
13522, note. Bouzat, Crim. 16 Mars 1972. B. No/08, 06s, LEGAL, Rev.
ومشار اليه Levasseur, Bouloc , Vitu , Op. cit., p, 358.

هذا ويلاحظ أن الدفع بالإكراه هو دفاع قانونى موضوعى جوهرى متعلق بمصلحة الخصوم فالدفع بتوافر مانع من موانع المسئولية الجنائية كالدفع بوجود عاهة فى العقل لدى المتهم أو يتحقق صورة من صور الإكراه المادى هو دفع متعلق بقانون العقوبات " ١٩٧٣/١٠/١ ، مجموع أحكام النقض ، س٢٤ ص٨٠١ ، ١٩٣٥/١/٢١ ، مجموعة القواعد ، جـ٣ ، ص٤١٤ " ويعد دفعا موضوعيا لفقدان الجانى شعوره واختياره وقت ارتكاب الجريمة...١٩٨٣/١/١٨ ، مجموعة أحكام النقض ، س٣٤، ص١٢٣ – وهو من الدفوع الجوهرية حيث لو ثبت صحته لترتب على ذلك امتناع المسئولية ... د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص١٥٤.

المطلب الثاني
المسئولية الجنائية للمكره (القائم بالإكراه)

٩٧ـ تمهيـــد :-

سبق وأن انتهينا من مسئولية كل من المكرة ماديا ومعنوياً ورأينا كيف أنهما يعفـــيان مـــن المسئولية الجنائية ، وننتقل لبيان موقف المكرة من المسئولية الجنائية وسوف نتناول.

أولاً مـــسئولية القـــائم بالإكـــراه المـــادى ثم نتبعه بمسئولية القائم بالإكراه المعنوى.

٩٨ـ المسئولية الجنائية للقائم بالإكراه المادى :

يسأل القائم بالإكراه المادى مسئولية جنائية كاملة عن الفعل الذى تسبب فيه فالقـــائم بالإكراه هو الذى أراد الفعل وأراد النتيجة المترتبة عليه واستغل المكره فى التنفـــيذ فجعل جسم المكره أداة لتحقيق حدث إجرامى معين كأن يمسك زيد بيد بكر عـــنوة ويضع بها قلما ثم يحركها بالقوة ليخط على مستند مزور الإمضاء باسم بكر أو أن يقـــذف زيـــدا بجسم بكر على صبى فيقع الصبى ويصاب بجروح ففى هذين المثالين الذى يسأل هو من قام بالإكراه وليس المكره فيسأل الأول عن جريمة تزوير أو جريمة إصابة الصغير(١).

٩٩ـ المسئولية الجنائية للقائم بالإكراه المعنوى :

والأمر لا يختلف كثيراً بالنسبة لمن قام بالإكراه المعنوى حيث أن المكره قد أتـــى الفعل تحت ضغط الإكراه فالمكره معنوياً أراد الجريمة مقهوراً مثل أن يهاجم قطـــاع الطـــرق عـــربة نقل محملة بالبضائع ويهددون سائقها بالقتل إن لم يسلمهم محـــتوياتها فيقدمها لهم تفاديا للموت فالقائم بالإكراه يعد قد أتى جريمتين ، الأولى : اعتداؤه على حرية المكره وتهديده بالقتل لإذعانه لارتكاب الجريمة، الثانية ، وهى

---

(١) د/ جلال ثروت ، الدفرية العامة لقانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص ٤٣١ . د/ محمد على الـــسالم عـــياد الحلبى ، شرح قانون العقوبات الاردنى " القسم العام" ، مكتبة بغداد للنشر ، ط١ ، ١٩٩٣ ، ص ٣٩٣

التـــى أتاهــا المكــره بتسليم البضاعة المملوكة للغير فالذى يسأل هنا هو المتسبب الحقيقى القائم بالإكراه وليس المكره[1].

١٠٠ـ موقف الشريعة الإسلامية :ـ

يخـــتلف تأثير الإكراه على الجرائم فى الشريعة الإسلامية وذلك حسب نوع الجــريمة ولقد قسم فقهاء الحنفية وغيرهم الموضوعات التى يتناولها الإكراه فيؤثر فى المؤاخذة وإن اختلف المقدار إلى ثلاثة أقسام :

- **القســـم الأول** : أن يحــول الإكــراه الــتام الفعل من كونه منهياً عنه موضوع عقاب دنيوى وأخروى إلى مباح بل إلى واجب أحياناً ، وذلك إذا كان موضـــوع الإكراه أموراً تباح عند الضرورة بنص الشارع ومن ذلك أكل الميتة والـــدم ولحـــم الخنزير وشرب الخمر. فهذه الأمور إذا كانت موضوعاً لإكراه ملجـــئ فإنه فى هذه الحال يباح له أن يتناول وعلى ذلك من شرب خمر بإكراه تـــام ، فقد شرب غير آثم وبذلك لا يكون الأمر مجرد إسقاط للعقوبة بل يكون الأمر فيه أن الفعل أصبح حلالا لا إثم فيه [2].
- **القســـم الثانـــي** : فهـــو الإكراه فى موضع لا يقبل النهى فيه الإسقاط ، كالـــنطق بكلمة الكفر، أو بسب النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ أو الاعتداء على مال شخص معصوم ماله أى ليس حربياً والإكراه فى هذه الحال لا يسقط النهى ، ولكـــن يـــرخص للمكـــره مـــع ذلك أن يجيب من أكرهه، ويقرر الفقهاء فى موضـــوع هـــذا النوع من الإكراه فيه رخصة ترفيه ، لأن النهى فى الموضوع مازال قائما وإن كان الله سبحانه وتعالى قد جعل الفعل تحت تأثير الإكراه محل عفو[3] ومظهر الفرق بين هذا القسم وسابقه يبدو فى أمرين :ـ

---

(١) د/ محمد سامى النبراوى ، شرح الاحكام العامة " لقانون العقوبات الليبى " ، مطبعة قاريونس بنغازى ، ط٣ ، ١٩٩٥ ، ص ٤١٧ . د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق، ص ١٤٨.

(٢) الإمام / علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، مرجع سابق ، جـــ٧ ، ص١٧٨ – د/ على محجوب ، مرجع سابق ، ص٧٠.

(٣) الإمـــام/ شمس الدين احمد بن قودر ، مرجع سابق ، ص٢٤٠ – الإمام/ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص٤٥٨.

أولهمــا : من ناحية الثواب الأخروى ، فإن من يصبر على الأذى ولا ينطق بكلمة الكفــر يثاب على ذلك ، وكذلك من يمتنع عن الاعتداء على مال غيره تحت تأثير الإكراه التام حتى ينزل به الأمر المهدد به يثاب على ذلك .

ثانـيهما : الحكم الدنيوى فإن من أتلف مال الغير تحت تأثير إكراه تام فإن الإكراه يعفيه من الضمان ولكن إن أكرهه على أكل مال الغير. ولو إكراهاً تاماً فإن ذلك فيه الضمان على الحال.

والمكــره على إتــلاف مال الغير إذا أتلفه يجب الضمان على المكره دون المكره إذا كان الإكراه تاماً [(١)]

- **القسم الثالث** : هو الإكراه فى موضع لا يرخص فى انتهاكه ولا يباح ، بــل إن المكره يكون أثما ، ولو فعل تحت تأثير الإكراه التام. ومن ذلك الإكراه علــى ضرب الوالدين ، أو قتل معصوم الدم ، أو قطع طرف من أطرافه ، فإن الإكراه لا يجعل العمل مرخصا فيه ، ولا يبيحه ، أما ضرب الوالدين فإن النهى عــنه أبدى ، إذ يقول سبحانه : " ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كــريما* واخفــض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب أرحمهما كما ربيانى صغيراً " [(٢)]

وإن الإكــراه بالقتل أو قطع عضو من الأعضاء لا يبيح للمكره ذلك ، ولو فعل يكون آثماً لأن الله سبحانه وتعالى يقول : " والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا وإثما مبيناً " [(٣)]. ولأن الله تعالى يقول " ولا تقتلوا النفس التى حرم الله إلا بالحق " [(٤)].

---

(١) وأمــا الــتهديد بــإتلاف المال عند المالكية فقد اضطربت الرواية عندهم ، حيث فى الشرح الــصغير " أعلم انه جرى فى التخويف بأخذ المال ثلاث أقوال قيل إكراه وقيل ليس بإكراه ، وقيل إن كثير فإكراه وإلا فلا. الأول لمالك والثانى لاصبغ والثالث لابن الماجشون أي إن كان كثيــر فإكراه وإن كان قليلا لم يكن إكراها ...... د/ محمد احمد مكين ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ – الإمام/ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص٤٦٠.

(٢) سورة الإسراء : الآية (٢٣ ، ٢٤)

(٣) سورة الأحزاب: الآية (٥٨)

(٤) سورة الأنعام : الآية (١٥١)

ولأن الأســاس فــى الترخيص وزوال الإثم بالإكراه أن المكره إكراهاً تاماً يفعــل ما يفعله محافظة على حياته من غير أن يكون فى الصادر عنه إتلاف لحياة غيــره ، فكان الترخيص له فى فعل ما يفعل تحت تأثير الإكراه لدفع الضرر الكثير عن نفسه بالضرر اليسير الذى يناله غيره بفعله ، أما فى الإكراه على قتل الغير أو قطــع عــضو من أعضائه فإنه ليس فى الترخيص دفع ضرر كبير باحتمال ضرر يسير ، بل فيه رفع ضرر متوقع بضرر واقع ثابت يماثله أو يزيد عليه ، ولذلك لا يباح بحال من الأحوال الإعتداء على النفس أو العضو تحت تأثير الإكراه [1] .

وجمهــور الفقهاء اتفقوا بالنسبة لجريمة القتل أو قطع عضو من الأعضاء على ان الفعل لا يخلو من عقوبة بدنية وأن العقوبة تكون القصاص ولم يخالف فى ذلــك إلا رأي فــى المذهب الحنفى ونسب الى أبى يوسف فقد قرر أن الواجب هو الديــة باعتبار أن القصاص يدرء بالشبهة. ولكن من يقتص منه أهو المباشر للقتل والقطع أم الحامل عليه ؟

قال أحمد ومالك رضى الله عنهما : انه يقتص منهما معاً باعتبارهما شركاء فــى الجــريمة هذا بإكراهه وذلك بمباشرته ، لأن المكره تسبب فى الفعل - وكذلك الــشأن فــى الاعتداء على الأطراف بالنسبة للقصاص والدية ، هذا مذهب الإمامين أحمد ومالك ، أما مذهب الشافعى ، ففيه وجهان : أحدهما : كمذهب أحمد ومالك ، والآخر : إن القصاص على الحامل دون المباشر كرأى أبى حنيفة والذى فيه ثلاثة آراء :-

أولهما : رأى زفر ، وهو أن القصاص فى الاعتداء على النفس والأعضاء إن كان الفعــل يــوجب فى أصله القصاص يكون من المباشر دون المكره وذلك لأن الفعل منسوب اليه.

(١) د/ محمــد على محجوب ، مرجع سابق ، ص٧١ – الإمام/ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص٤٦١

ثانيهما: رأى أبو يوسف وهو أنه لا قصاص لا على المباشر ولا على من أكرهه بل تجب الدية على المكره وحجته أن المكره لا يعد قاتلا ، وأقصى ما يوصف به فعله انه متسبب والتسبب لا يوجب القصاص بمقتضى نظرية الحنفية.

ثالثهما: وهو الراجح في المذهب الحنفي ، وهو أن القصاص على الحامل دون المباشر [1] .

هذا هو حكم الإكراه في الفقه الإسلامي ونرى معه أن الإكراه غير الملجئ لا يترتب عليه إسقاط التبعات الجنائية ، أما الإكراه الملجئ فهو الذي يؤثر في تحمل التبعة من الناحية الجنائية على التفصيل الذي سبق وأن أشرنا اليه.

---

(١) الإمام/ موفق الدين أبي محمد بن احمد بن محمود بن قدامه ، مرجع سابق ، ص٣٣ .
- د/ محمد احمد مكين ، مرجع سابق ، ص٢٠٢.
- د/ محمد على محجوب ، مرجع سابق ، ص٧١.
- الإمام/ شمس الدين احمد بن قودر ، مرجع سابق ، ص٢٤٤.
- الإمام/ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص٤٦٥

الفصل الثانى
ماهية ظرف الإكراه

١٠١ـ تعريف ظروف الجريمة :-

أكـد علماء الأخلاق أن صلاحية العمل الإنسانى لتحقيق أهدافه تتوقف الى حـد كبير على الظروف المصاحبة له وقت التنفيذ فتصرف الفرد فى مواقف معينة يختلف من وقت لآخر تبعا لاختلاف ما يحيط به من ظروف متنوعة. ومن شأن هذه الظـروف التأثير فى جسامته. والجريمة كغيرها من الأعمال الإنسانية قد لا تتحقق فى صورتها المبسطة فقد تصاحبها عناصر مختلفة تحدث تغييرا كميا فى موضوع الجريمة أي فى جسامتها ويطلق على تلك العناصر" ظروف الجريمة " (١).

---

(١) ويرجع منشأ هذه الظروف الى أن الجزاء الذي يقرره المجتمع ضد من يقترف جريمة تخالف نظمه وأوضاعه – هذا الجزاء قد تطور تطوراً واسع المدى على مر العصور والأيام فقديما وقبل الثورة الفرنسية كان هذا الجزاء تحكميا إذ كان للحاكم حق توقيع الجزاء الذى يراه بعد أن تثـبت التهمة قبل الجانى وقد عنى القانون الرومانى بتقسيم الجرائم الى عدة طوائف كما أهتم بتعداد الظروف التى من شأنها التأثير على جسامة الجريمة ، وعلى قدر العقوبة ، وسمح للقاضـى – عـند تقديرها – أن يدخل فى اعتباره ، سبعة ظروف تتعلق ببواعث الجانى ، وحالته الشخصية ، وسنه ، ومكان وزمان إرتكاب الجريمة وما اقترن بها من أفعال تؤثر فى كميتها ونوعها ثم ما ينجم عنها من آثار .

Forgeau (Alfred), th éorie des circonstances atténuantes., thése paris, 1886, P.103 etss.

وفـى عهـد القانـون الفرنسى القديم ساد مبدأ التحكم فى تقدير العقوبة orbitris judicis وعلى الـرغم مـن ذلك فقد ذهب بعض شراحه الى أن الجريمة يمكن أن تكون أشد أو أقل جسامة حـسب مكان وزمان وسبب ارتكابها وتبعا لمدى درجة الإثم التى تنطوى عليها إرادة الجانى وكـذلك وفقا لأعراف الجناه واسلوب حياتهم وهكذا حاول الفقه أن يبصر للقاضى – فى ظل مـبدأ التحكم الطريق واجتهد فى إمداده بالمعايير التى تمكنه من تحقيق أكبر قدر من التناسب بـين الجـريمة والعقـوبة ثم اندلعت الثورة الفرنسية فى سنة ١٧٨٩ وقضت على كل سلطة للقاضى فى تقدير العقوبة وأقرت بذلك نظام العقوبة الثابتة Peine Fixe بيد انها لم تقو على التنكر للمبادئ الأساسية التى نهضت عليها والتى نادى بها فلاسفة القرن الثامن عشر من أجل كفالة أكبر من حرية الإنسان وكرامته.=

....

Madaule (jacques), Histoire de France, Tome II, Paris 1966, p. 167 etss. =

ومـــا أن اتيحت للشارع الفرنسى فرصة تعديل قانون العقوبات الصادر سنة ١٧٩١ حتى اغتنمها فـــى ســـنة ١٨١٠ ونص صراحة فى المادة ٤٦٣ على نظرية الظروف المخففة ولكنه أورد عليها الكثير من القيود التى افقدتها وجودها وانتهى الأمر بها الى مالا تقره العدالة.

Levasseur (G) , Bouloc (B) et vitu (A) le droit pénal genéral, Dalloz , 2000, No. 157, p. 154.

وينقـــضى أكثر من خمسين عاماً على تطبيق المادة ٤٦٣ عقوبات فرنسى بعد تعديلها سنة ١٨٣٢ ويستـــشعر كثير من الفقهاء والقضاء قسوة العقوبة على الرغم مما أصابها من تخفيف واضح بالقـــياس الـــى مـــا كانت عليه من قبل ويظهر مشروع بوزاريان فى مايو سنة ١٨٨٥ بشأن الظروف المخففة وينادى بضرورة التوسع فى التخفيف ذلك أن مجرد القول بتوافر الظروف المخففـــة ما كان يعنى إلا مجرد انقاص العقوبة درجة أو درجتين فحسب ورأى أن ذلك إنما يكون بالأخذ بما اسماه الظروف المخففة ....

هذا فى الوقت الذى كانت تسير فيه مصر على نظام أسوا حيث كانت ولاية عثمانية تحكمها تعاليم المـــذهب الحنفى فى المسائل الجنائية ولم تكن اللائحة الجنائية التركية الصادرة سنة ١٨٤٠ مطـــبقة فـــيها الى أن أصدر الخديوى سعيد فى ٢٤ يناير ١٨٥٥ قانون العقوبات وكان يورد حدين أقصى وأدنى لكل عقوبة ويمنع القاضى من مجاوزتها صعوداً أو هبوطاً.

ومـــن ذلـــك يستبين أن المشرع قدر سلفاً أن هناك ظروفاً تقترن بالجريمة وتلازمها ... أو تلازم مـــرتكبها غير انه لا يمكن تحديد هذه الظروف مقدما – مما يوجب ترك أمر اختيار الجزاء المناسب والملائم للقاضى الذى تعرض عليه هذه الظروف فى حدود الحدين الأدنى والأقصى . ولمـــا كانـــت التشريعات لم تضع نظرية عامة تنظم هذه الظروف وتجمع شملها وترجعها بصفة عامة الى مصدر أو مصادر محددة ومعينة فقد نشط الفقهاء فى هذا الصدد وحاول كل مـــنهم أن يرجعها الى عناصر محددة ، منها ما يرجعها الى الباعث أو المكان والزمان وكذا الـــصفة بالنسبة الى الجانى والمجنى عليه ثم الى الوسيلة المستخدمة فى الجريمة وأخيراً الى البيئة ... د/ حسنين إبراهيم صالح عبيد ، النظرية العامة للظروف المخففة ، رسالة دكتوراة " حقوق القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص٧ ... حسن البغال ، الظروف المشددة والمخففة فقها وقضاء " دار الفكر الحديث ، ١٩٥٧ ، ص ٨ .

وتُعرف ظروف الجريمة بأنها عناصر تلحق بها احياناً ويترتب عليها تغيير الوصف القانوني لها او تغيير في العقوبة المقرره لها [1]

ويعـــرفها آخر بأنها ... " عناصر أو وقائع عرضية تبعية للجريمة لا تدخل في تكوينها القانوني وإنما تضاف إليها إذا كانت قائمة فعلاً فتعدل من آثارها العقابية بتخفيض أو بتشديد العقوبة المقررة لها بحسب الأصل " [2].

ويعـــرفها ثالـــث بأنها ... " عناصر تبعية تفترض وجود الواقعة الاساسية المكونة للجريمة بكامل عناصرها التكوينية " [3].

ويخـــتلف ظرف الجريمة عن ركنها ، فتخلف هذا الأخير يعنى ألا يوصف الفعـــل أو الامتـــناع بأنـــه جريمة . أما الظرف ، فإن وجوده أو عدمه لا يؤثر في الوجود القانوني للجريمة ، ويترتب على تحققه زيادة أو نقصان في جسامة الجريمة ممـــا يستوجب تشديد أو تخفيف العقوبة فهو يحدث تغيرا كميا أو نوعيا في العقوبة المقـــررة أصلا للجريمة [4]. فالسرقة لها صورة بسيطة تقوم بمجرد توافر أركانها الخاصـــة (المـــادة ٣١٨ من قانون العقوبات) ولكن قد يتوافر لها عنصر إضافي فـــيكون الـــسارق خادما ارتكب السرقة إضراراً بمخدومه (المادة ٣١٧ من قانون العقوبات ، الفقرة السابعة) او ترتكب السرقة ليلا (المادة ٣١٧ ، الفقرة الرابعة) - فيكون صفة الخادم أو اليل طرفين للسرقة يغيران من وصفها [5].

ويقـــال إن النموذج الاصلي هو الذي يرد تحديده في " النص الأم " وهـــو عبارة عن نموذج الجريمة في أبسط صورها فالنص الأم أو النص الاصلي يعتبـــر بمثابة المحور الذي تدور حوله نصوص أخرى بعضها يحدد نموذج خاص

---

(١) د/ محمـــود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص ٤٩ . د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٦ .

(٢) حـــسنين عبيد ، قانون العقوبات " القسم العام " ، دار الفكر العربي ، ط ٢ ، ٦١٩٧٦ ، ص ٤٧٦ – د/ محمد هشام احمد ، رسالة سابقة ، ص ٢٠ – السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص ١١

(٣) د/ عـــبد الحميد الشواربي ، ظروف الجريمة المشددة والمخففة ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٥ ، ص ١١

(٤) د/ آمال عبد الرحمن عثمان ، مقال سابق ، ص٥٨

(٥) د/ محمـــود نجـــيب حسني ، مرجع سابق ، ص ٥٠ – د/ محمود نجيب حسني ، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ، مرجع سابق ، ص ٧٩

للجريمة وبعضها يقتصر على تحديد الظروف التى تغير جسامة الجريمة الاصلية ، ومن ذلك يتبين إمكان الخلط بين الأركان والظروف (١).

١٠٢- اهمية التمييز بين أركان الجريمة وظروف الجريمة :

١- يتعين لمساءلة المساهم فى الجريمة أن يكون عالماً بجميع أركانها وأن تكون إرادته قد اتجهت إلى إرتكاب الجريمة (الجريمة العمدية) أما بالنسبة للظروف لا تشترط معظم القوانين العلم بالظروف المادية التى تلحق بالجريمة بل أن بعض النظم لا تشترط العلم بالظروف الشخصية التى تسهل ارتكاب الجريمة (٢).

٢- تتطلب بعض التشريعات وجوب تقديم شكوى من المجنى عليه فى جرائم معينة لجواز رفع الدعوى الجنائية ولكن إذا وقعت تلك الجريمة مقترنة بظروف مشددة فيكون للنيابة مطلق الحرية فى رفع الدعوى الجنائية فتستلزم المادة (٦٤٩ من قانون العقوبات الايطالى) مثلا ضرورة تقديم شكوى لجواز رفع الدعوى الجنائية فى جرائم السرقة بين الأصول والفروع ، ولكن إذا وقعت الجريمة باستعمال العنف فيكون للنيابة حرية التصرف فى الدعوى(٣).

٣- لا تستطيع محكمة الجنايات أن تناقش المتهم إلا عن الافعال الواردة فى قرار الاتهام فإذا اكتشفت أثناء المحاكمة ركنا أساسيا لجريمة جديدة فإنها تمتنع عن

---

(١) د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ٣٢

(٢) د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٥٥

(٣) فى حين وضع المشرع المصرى فى المادة ٣١٢ عقوبات حكما " اجرائيا " يطبق فى جميع صور السرقة اى سواء اكانت السرقة بسيطة ، ام ذات ظروف مشددة او مخففة ، وفحوى هذا الحكم انه لا تجوز محاكمة من يرتكب سرقة او إضراراً بزوجة أو بزوجته أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجنى عليه ولهذا الأخير ان " يتنازل " عن دعواه فى ايه حالة كانت عليها كما ان له ان يوقف تنفيذ الحكم نهائيا مع ملاحظة انه إذا كانت السرقة " باكراه " فان فعل العنف المادى يؤاخذ عنه الجانى استقلالا – عند عدم تحريك دعوى السرقة وفقا لارادة المجنى عليه – وذلك باعتباره من جرائم الاعتداء على الاشخاص كالضرب او نحوه ، ويخضع هذا الفعل للقاعدة العامة فى تحريك الدعوى من النيابة لمطلق حريتها ... د/ عبد المهيمن بكر ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، بدون جهة بشر ، ١٩٦٦ ، بند ١٨٩ ، ص ٣٣٦ – د/ محمد ابراهيم رشدان ، قانون العقوبات " المقارن " – القسم الخاص ، ١٩٧٤ ، بند ٢٣١ ، ص ١٧٦ .

الحكـم فـيها وتقرر إجراء تحقيق جديد. أما إذا إكتشفت ظروفا مشددة لم يشر إلـيها قرار الاتهام فمن حقها أن تحاكمه عليها من تلقاء نفسها مع تنبيه المتهم إليه. (١)

١٠٣ـ تقسيم :ـ

سنقسم الدراسة فى هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى .

المبحث الأول : التمييز بين الظروف المشددة وأركان الجريمة.

المبحث الثانى : الإكراه كظرف فى الجريمة .

(١) إذا اتـضح لمحكمـة الجنايات أثناء نظر الدعوى توافر عناصر جديدة مكونة لجريمة أخرى غيـر المنظورة أمامها، فلا يجوز أن تحكم فيها مع الجريمة الأصلية دون توجيه التهمة الى المـتهم وتنبيهه اليها فنص المادة ١١ من قانون الإجراءات الجنائية " يجوز للمحكمة فى هذه الحالة أن تقيم الدعوى وتحيلها الى النيابة العامة لتحقيقها والتصرف فيها كما أن للمحكمة أن تندب أحد أعضائها للقيام بإجراء التحقيق. وإذا صدر قرار فى نهاية التحقيق بإحالة الدعوى الى المحكمة وجب إحالتها الى محكمة أخرى" .
هذا وتنص المادة ٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية على أن " للمحكمة أن تغير فى حكمها الوصـف القانونى للفعل المسند للمتهم ولها تعديل التهمة بإضافة الظروف المشددة التى تثبت مـن التحقـيق أو المرافعة فى الجلسة ولو كانت لم تذكر بأمر الإحالة أو التكليف بالحضور. وعلـى المحكمـة أن تنـبه المتهم الى هذا التغير وأن تمنحه أجلاً لتحضير دفاعه بناء على الوصف أو التعديل الجديد إذا طلب ذلك ".
ومـع ذلك تنص بعض القوانين على أن لمحكمة الجنايات أن تتعرض للظروف التى تنكشف أثناء المحاكمة ولا تستلزم أى إجراءات جديدة أو تحقيق جديد(المادتان٣٣٨ إجراءات فرنسى ، ٤٠٣ إجراءات إيطالى) ... د/ محمد هشام أبو الفتوح بدوى ، مرجع سابق، ص٢٦

المبحث الأول
التمييز بين أركان الجريمة والظروف المشددة (١).

اقترح الفقهاء عدداً من المعايير للتفرقة بين أركان الجريمة والظروف المشددة فمنهم من اخذ بمعيار " الأثر القانوني للعنصر " ومنهم من أخذ بمعيار " إسم الجريمة وعنوانها " ومنهم من اخذ بمعيار " المال والمصلحة القانونية للعنصر " ومنهم أخيراً من أخذ بمعيار " وظيفة الركن والظرف المشدد" هذا ويجدر بنا عرض كل معيار من المعايير على النحو التالي :

---

(١) لقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى الى عدم اختلاف ظروف الجريمة عن اركانها من الناحية التكوينية فبالإطلاع على النصوص التشريعية المقررة للظروف يكشف عن انها قد تتمثل فى صورة خاصة بالقصد أو الخطأ وهى تتعلق بالركن المعنوى للجريمة كما قد تتمثل فى نتائج معينة تتعلق بالركن المادى أو فى صفة خاصة بالجانى أو المجنى عليه كما قد تتمثل أخيرا فى كيفية تنفيذ الفعل المرتكب.

وعلى ذلك فليس من المقبول القول بوجود تفرقة بين أركان الجريمة وظروفها ...

Dalloz, Répertoire de droit criminel, 1953, No 6. P 396 .

د/ حسنين صالح عبيد ، مرجع سابق ، ص٩٣

فجريمة القتل فى القانون الفرنسى يعاقب مرتكبيها بالأشغال الشاقة المؤبدة بينما ينص على عقوبة الإعدام إذا كان الفاعل من بين فروع المجنى عليه. وقد حكمت بعض المحاكم فى فرنسا بأن هذه الصفة تعتبر عنصرا مكونا لجريمة خاصة متميزة عن جريمة القتل العادية وانه ترتيبا على ذلك فإن شريك " الفرع " الذى يساهم فى جريمة قتل الأصول لا يسأل عن هذه الجريمة.

Cass. Crim., 23 nov. 1972, B. n0. 288.

Cass. Crim., 14 sept. 1976, B. n0. 272.

Jeandidie , op. cit, No 292, p. 314.

ونحن من جانبنا نرى عدم صواب ما انتهى اليه هذا الرأى حين تصور أن النموذج ذا الظرف نموذجا مستقلا عن نموذج الجريمة البسيطة لأن هذا يؤدى الى القول بأن الظرف يحمى مصلحة تغاير تلك التى يستهدف النص البسيط حمايتها وهو ما لم يقل به أحد لأن الظرف ليس من شأنه التغير فى المصلحة التى يتكفل النص الأصلى بحمايتها ... د/ حسنين صالح عبيد ، مرجع سابق ، ص٩٣.

١٠٤- معيــار الأثــر القانونـــي

يذهب أصحاب هذا الرأى إلى أن بعضا من عناصر الجريمة [١] يمكن أن يــدخل فى تكوينها أى يعد ركنا فيها ، كما يمكن أن يقتصر على مجرد كونه ظرفا لها.

ولمعــرفة مــا إذا كــان ذات العنصر يعد ركنا أو ظرفاً قالوا بالتفرقة بين العناصـــر التى تغير من وصف الجريمة وتلك التى تقتصر فقط على مجرد التعديل فــى العقــوبة [٢] غير أنهم يختلفون فيما بينهم فى تحديد المقصود بوصف الجريمة فيرى بعضهم أن المقصود بالوصف هو التعيين أى تعيين نوع الجريمة .

وتأسيسا على ذلك فإذا كان العنصر الجديد يغير من وصف الجريمة أو من طبيعتها فإنه يعد ركنا أما إذا اقتصر على مجرد التعديل فى العقوبة كان مجرد ظرفا ومن هذا القبيل الإكراه فى جريمة السرقة (مادة ٣١٤ عقوبات) أما الظروف فهى لا تغيــر مــن وصف الجريمة أو من طبيعتها ويقتصر تأثيرها على تغير فى العقوبة ومثالها التعدد والكسر والتسلق (مادة ٣١٧ عقوبات)[٣] .

ويــرى الــبعض الآخــر أن الوصـــف هو خلاصة اجتماع عدد معين من العناصـــر ممـــا يستتبع خضوع الفعل مقترنا بالوصف الجديد لنص قانونى جديد قد

---

(١) تتقـــسم عناصـــر الجـــريمة الـــى نوعين أركان وظروف والأركان نوعان : عامة وخاصة والأركان العامة تشترك فيها الجرائم جميعا وانتفاء أحدهما يعنى انتفاء الجريمة ذاتها وتحولها الـــى نشاط لا يعاقب عليه القانون. أما الأركان الخاصة فتتميز بها كل طائفة من الجرائم عن ســـواها والـــيها يرد الاسم القانونى الذى تحمله وتقوم بأحد دورين: فهى أما أن تعطى الفعل صـــفة الإجرامية وأما أن تعطى الجريمة اسمها القانوني فإن كان لها الدور الأول ترتب على انـــتفائها أن يـــصير الفعـــل مباحاً وإن كان لها الدور الثانى ترتب على انتفائها مجرد تحول الجريمة أى استبدالها اسما آخر... د/ محمود نجيب حسنى ، المساهمة الجنائية فى التشريعات العـــربية ، محاضـــرات القاها على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية " جامعة الدول العربية " ، ١٩٦٠ ، بند ٧٩ ، ص١٨٥.

(٢) د/ محمـــود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٣٩ ، ص٤٩ – د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، بند ٢٤ ، ص٢٦ – د/ سلوى توفيق – د/ على حمودة ، مرجع سابق ، ص١٤٩.

(٣) د/ محمـــود محمود مصطفى ، مرجع سابق، بند ٢٣ ، ص٤١ – د/ هلالى عبد اللاه احمد ، مرجع سابق ، ص٤٧ – د/ محمد سامى النبراوى ، مرجع سابق ، بند ٧٣ ، ص٩٤ .

يتضمن فى نفس الوقت تعديلا فى الاسم القانونى[١] وقد لا يتضمن.

فإذا كان الأول عد ركنا فى الجريمة أما فى الثانى فلا يعدو أن يكون ظرفاً ومفاد ذلك أن ظروف الجريمة وفقا لهذا الرأى الأخير هى تلك التى يقتصر تأثيرها على العقوبة فإن جاوزت هذا الأثر إلى التغيير فى وصف الجريمة أصبحت ركنا.

اعــتمد هــذا الرأى فى محاولته للتفرقة بين أركان الجريمة وظروفها على تحديــد الأثــر القانونـــى المترتب على العنصر ، فإن اقتصر على التعديل من قدر العقوبة كان ظرفا أما إن جاوزه الى التغيير فى وصف الجريمة كان ركناً [٢] .

ويذهب البعض أن هذه التفرقة لا تقوم على أساس سليم ذلك أن هناك بعض الظروف تؤثر فى جسامة الجريمة دون أن يعقبها تشديد أو تخفيف فى العقوبة كما إذا تــرتب علــيها جزاء جنائى آخر ، أو رفع قيد يرد على سلطة النيابة العامة فى رفع الدعوى الجنائية وغير ذلك من الآثار المرتبطة بطبيعة الظرف ، بالإضافة الى ذلك فانه يصعب التفرقة بين الركن والظرف استناداً الى أن الأول يحدث تغييراً فى اسم الجريمة والثانى فى وصفها ، فالتغيير فى الوصف دون الاسم لا يعدوا أن يكون تغييراً فى جسامة الجريمة من الوجهة الموضوعية أو الشخصية مما ينصرف أثره إلى النتائج القانونية المترتبة على الفعل فعلى سبيل المثال ، يطلق التشريع الفرنسى على جريمة القتل المقترنة بسبق إصرار أو ترصد إسما مختلفا هو assassinat بدلا مــن meurtre فى حين نجد أن غالبية رجال الفقة والقضاء فى فرنسا متفقون على اعتبار سبق الإصرار والترصد ظروفاً مشددة[٣].

إضــافة الــى ذلــك أدى اختلاف وجهات النظر حول تعريف الوصف الى

---

(١) ويقــصد بالاسم القانونى التعبير الذى يطلقه القانون على مجموعة من الجرائم تخضع لأحكام مشتركة تتميز بها عن طوائف أخرى من الجرائم. فالسرقة اسم يطلقه القانون على مجموعة من الجرائم ، والقتل العمد اسم يطلقه الشارع على عدد من الجرائم وهكذا ... الخ . وإذا كان أفــراد كــل مجموعة من الجرائم تشترك فى الاسم القانونى فهى تختلف فيما بينها من حيث وصفها : انظر ... د/محمود نجيب حسنى، المساهمة الجنائية فى التشريعات العربية ، مرجع سابق ، بند ٧٩ ، ص١٨٦.

(٢) د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص٥١ - ... حسن البغال ، مرجع سابق ، بند ٢٩ ، ص١١.

(٣) د/ آمــال عــبد الرحمن عثمان ، مقال سابق ، ص٦٣ – د/ محمد هشام أبو الفتوح ، مرجع سابق ، ص٨٠.

مغايــرة غيــر مقــبولة فالقول بأن المقصود بالوصف هو نوع الجريمة يذهب إلى اعتــبار جناية السرقة بإكراه (مادة ٣١٤ عقوبات) جريمة مستقلة عن جنحة السرقة البسيطة المنصوص عليها فى المادة ٣١٧ من ذات القانون لمجرد المغايرة فى نوع الجــريمة. أي أن عنصر الإكراه يعد ركنا فى جناية السرقة بإكراه ، بينما يعتبرها جنحة سرقة مشددة إذا ما اقترنت بأحد الظروف المشددة المنصوص عليها فى المادة (٣١٧ عقوبات) بحجة أنها لا تزال جنحة بنص القانون (٢)

أمــا القــول بــأن الوصف هو خلاصة اجتماع عدد من العناصر الأساسية والعرضية ثم القول - بعد ذلك - بأن الظروف قد تؤثر فى التكييف القانوني للجريمة مــع الإبقاء على اسمها فقول لا تثريب عليه ولكن صاحبه لم يرتب عليه أي نتائج فلقــد ذهــب إلى اعتبار كل العناصر المنصوص عليها فى المادة ٣١٧ ع من قبيل الظروف - لأنها وإن أدت إلى المغايرة فى الوصف القانوني للجريمة فى صورتها البسيطة إلا أنها تبقى على الاسم القانوني لها وهى السرقة " مع انه كان يتعين بحث

(١) ذهــبت محكمــة النقض فى بعض أحكامها بأن " الإكراه ظرف عينى يتعلق بالأركان المادية للجريمة. سريانه فى حق كل من ساهموا فيها ...... "
(نقض ١٩٨٦/٥/٢٩ ، أحكام النقض ، س٣٧ ، رقم ١١٨ ، ص٦٠٠ – نقض ٧٤/٣/١٨ ، س٢٥ ، رقم ٦٨ ، ص٣١١)
فى حين ذهبت فى بعض آخر بإن الإكراه الذى يقترن بالسرقة " ركنا " مكونا لجريمة السرقة بالإكــراه حــيث قررت "ركن الإكراه فى السرقة يتحقق ... " نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ ، أحكام النقض ، س٣٥ ، رقم ٤٢ ، ص٢٠٥.
الأمر الذى يستنتج منه عدم استقرار المحكمة على مفهوم ثابت لماهية الظرف وعدم اعتناقها لمعيار موحد للتفرقة بين الأركان والظروف.
فــى حين يذهب البعض الى سلامة النتائج المترتبة على تطبيق هذا المعيار ، فكافة العناصر المنــصوص عليها فى المادة ٣١٧ عقوبات تعد من قبيل الظروف المشددة للسرقة لأنها وإن أدت الــى تغيير الوصف القانونى للجريمة فى صورتها البسيطة ٣١٨ عقوبات تبعا لاقترانها بــأي مــن هــذه الظروف فإنها مازالت تبقى على الاسم القانونى لها جميعا وهو " السرقة " وبالمــثل فــى الــسرقة بالإكراه حيث يعد عنصر الإكراه من قبيل الظروف المشددة لجريمة السرقة البسيطة (م ٣١٨ ع) حيث أن عنصر الإكراه قد أدى الى التغيير فى وصفها القانوني بالفعــل ولكن مع الإبقاء على اسمها القانونى كما هو ، مما يعد ظرفا ...... د/محمود نجيب حــسنى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص٩١٢ ، د/ محمد هشام أبو الفتوح ، مرجع سابق ، ص٩٥ .

كـــل عنـــصر على حده للتنقيب على المصلحة التى يحميها ، فإن كانت مختلفة عن (الملكـــية) أمكن اعتباره ركنا فى جريمة جديدة وإلا فلا ... وأخيراً فإن منطق هذا القـــول يقـــود الـــى اعتبار جناية السرقة بإكراه صورة من صور السرقة المشددة (م ٣١٧) المعتبـــرة مـــن قبيل الجنح حيث أن عنصر الإكراه، باعتباره ظرفا ، قد أدى الى المغايرة فى وصف الجريمة ، مع الإبقاء على اسمها القانونى وليس بمجرد - القول بعكس ذلك - التمسك بإن الإكراه ركن فى جريمة جديدة ما لم يتم الإفصاح عن الحكمة - أى المصلحة التى يحميها عنصر الإكراه [1].

١٠٥- معيار اسم الجريمة وعنوانها :

يذهب بعض الفقه الفرنسى إلى التفرقة بين الجريمة الموصوفة qualifiée والمقترنة بظروف circomstanciée ويقصد بالأولى تلك التى تنطوى على عنصر جديـــد يترتب عليه أن يسبغ القانون على الجريمة مقترنة بهذا العنصر اسما جديداً فإذا لم يترتب على هذا العنصر ذلك الأثر كان ظرفا مشدداً ، أى أن معيار التفرقة بـــين الظروف والأركان يتمثل فى الإسم القانوني للجريمة مقترنة بهذا العنصر فإن كان يختلف عن ذاك الذى نص القانون عليها فى صورتها البسيطة ، كان ركنا فى جـــريمـــة جديـــــدة ، أما إن لم يكن له مثل هذا الشـــأن ، وأبقى على ذات الإسم القانونى للجريمة ، كان ظرفا [2] .

---

(١) د/ حسنين صالح عبيد ، مرجع سابق ، ص١٠٢ - د/ ماجدة فؤاد ، مرجع سابق ، ص٢٨٢.

(٢) مـــثال ذلك قتل الأصول Parricide والتى اعتبرها جريمة مستقلة لأن صفة الفرع فيها يعد ركنا أساسيا.

- Garé (T), Ginestet (C), Le droit pénal, procédure pénale, Dalloz, BiBliotheque inter universitaire, Gujas, 2000, p. 140.
- Raux (J.A), Caurs de droit crimine'l Français, paris , 1927 P. 264.

وقد انتقد البعض هذا المسلك استناداً الى عدم إمكان ترتيب مثل هذه النتيجة دائما ، وقالوا أن الذى يحـــدث فـــى بعض الحالات هو أن وجود العنصر الجديد يترتب عليه إطلاق اسم جديد على الجريمة ومع هذا يعتبر هذا العنصر مجرد ظرف مشدد وليس ركنا فى الجريمة مثل جريمة القتل المسبوقة إصرار أو ترصد ...

د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص٢٨٨.

ويسود أيضا هذا الاتجاه فى الفقه الإيطالى حيث أخذ من عنوان الجريمة معياراً للتعبير عن كافة متطلبات الجريمة ووفقا للمعنى الفنى القانونى لهذا الاصطلاح فإن عنوان الجريمة يرتبط بالموضوع القانوني لها وكل ما يجب توافره لتكوين جوهرها. ويجب عدم الخلط بين اسم الجريمة وعنوانها فالمشرع يطلق على الفعل أو الامتناع موضوع الجريمة أسما تقليديا ليميزها عن غيرها من الجرائم مثل السرقة والقتل وخلافه ويبقى إسم الجريمة ثابتا ولو تغيرت بعض عناصرها التكوينية. ففى حالة الشروع نكون بصدد جريمة لم تتحقق فيها النتيجة الإجرامية ولا يختلف اسم الجريمة حينئذ بل يلحق التغيير عنوانها فقط [1] .

غير أن هذا الرأى بدوره لم يسلم من النقد فليس صحيحا على الإطلاق إننا نكون بصدد جريمة جديدة وبالتالى يكون العنصر الجديد ركنا فيها فى كل حالة يخلع فيها القانون على ذات الجريمة مقترنة بهذا العنصر أسما جديداً ذلك أن الشارع الفرنسى ينص على جريمة القتل العمد مع سبق الإصرار أو الترصد المادة ٢٩٦ عقوبات فرنسى ، ويطلق عليها إسما جديدا هى الإغتيال assassinat مع إنه من المقرر أن كلا من سبق الإصرار أو الترصد ليس إلا ظرفين [2].

ومن ناحية أخرى فإن النموذج العام للجريمة يرتبط بعنوانها لا بالإسم الذى يطلق عليها والذى يتعلق بموضوعها. والعنوان بدوره يتعلق بالفكرة الأولية للجريمة أي بالحد الأدنى من العناصر التى يجب توافرها لوجود جريمة معينة ويخرج عن

---

(١) د/ آمال عبد الرحيم عثمان ، مقال سابق ، ص٦٥ – د/ حسنين صالح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص١٠٤ .

(٢) هذا وقد حاول Raux أن يتوصل من هذا النقد بالقول بان الشارع الفرنسى لم يستهدف بنص المادة ٢٩٦ عقوبات فرنسى إطلاق وصف الاغتيال على الجريمة المقترنة بسبق الإصرار أو الترصد لكونها ركنين فى جريمة جديدة إذ أن الشارع يؤمن بانها من قبيل الظروف وان هذا الاسم كان يطلق قديما على من يحترف القتل.

- ونلاحظ أن الشارع الفرنسى قد اطلق ذات الوصف على من يقتل أصلا أو فرعا له فى المادة ٣٠٠ عقوبات فرنسى – ثم تطور استعماله واصبح يطلق على غير المحترف ، والأمر على خلاف بالنسبة لنص المادة ٢٩٩ عقوبات فرنسى فقد استهدف الشارع خلق جريمة جديدة تختلف عن تلك التى تضمنها نص المادة ٢٩٥ فى صورتها البسيطة من حيث صفة المجنى عليه. Raux (J. A), op.,cit, p 265
- د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص٤٦.

نطاقـه العناصـر التبعية الإضافية التى لا تغير فى العنوان وان أحدثت تغيير فى العقـوبة واجبة التطبيق ، ويترتب على ذلك أن كل عنصر يرتبط بالفكرة الأساسية للجـريمة بحيث يؤدي وجوده أو تخلفه إلى تعديل فى عنوان الجريمة يعد عنصراً تكوينيا فى الجريمة وليس ظرفا ومن ناحية أخرى ، فإن تخلف عنصر أو أكثر من العناصر التكوينية للجريمة مع بقاء الواقعة معاقبا عليها من شأنه التغيير فى عنوان الجـريمة ، لأن العقـاب عندئذ يجد سنده فى قاعدة قانونية أخرى - لا يعتبر هذا العنصر حينئذ من قبيل الظروف أما إذا كان من شأن العنصر التأثير كميا أو نوعيا فى الجزاء فإنه يصدق عليه وصف الظرف[1] .

١٠٦- معيار المال والمصلحة القانونية للعنصر :-

ويـذهب جانـب من الفقه الى وجوب التفرقة بين المال وهو محل الحماية القانونية والمصلحة وهي التقدير العام للرابطة بين المجتمع والمال. فالمحل القانوني هو الذى يحدد اسم الجريمة أو انتمائها إلى طائفة معينة من الجرائم ، أما المصلحة فـتحدد النموذج العام للجريمة وتميزها عن غيرها من الجرائم التى تنتمى إلى نفس الطائفـة وتخـتلف المصلحة التى يحميها النص فى كل جريمة وعلى ذلك فإن أى تغيير بها يعد ركنا أما الظرف فيغير من جسامة الجريمة دون مساس بالمصلحة[2].

ويلاحظ أن فكرتى المال والمصلحة مرتبطان فالمال هو كل ما يشبع حاجة للفـرد يتطلب حماية من قبل المشرع ، أما المصلحة فهى تقدير من قبل الفرد بأن المال جدير بإشباع احتياجاته ، أي هى المال ذاته بالنظر الى القيمة التى تنبعث منه للفـرد الذى يريد حمايته. والواقع ان الاصطلاحين مرتبطان تماماً لأن المال محل للمصلحة ، والقاعدة القانونية حينما تحمى مصلحة معينة فإنها تشمل بالحماية أيضا مـالاً فـى ذات الـوقت وبحكم الضرورة . لذلك فإن الفكرتين (المال والمصلحة)

---

(١) د/ آمـال عـثمان ، مرجع سابق ، ص٦٦ - د/ عادل عازز ، مرجع سابق ، ص٥٨ - د/ محمد هشام احمد ، مرجع سابق ، ص٧٤ .

(٢) عادل عازز ، مرجع سابق ، ص٧١

مترادفتان ويجوز استعمال أي منهما دون تفرقة من الوجهة الفنية [1].

إن اتخـــاذ معيار المصلحة القانونية للتفرقة بين ما يعد ظرفاً مشدداً وما يعد ركـــناً فـــى الجريمة يؤدي الى الاعتماد على عنصر واحد فقط من عناصر الركن المـــادي فـــى إجراء التفرقة وهو عنصر النتيجة والذي يتمثل فى (المصلحة محل الحماية) فإذا أدي العنصر الجديد إلى تغيير المصلحة ، كان ركنا أما إذا لم يؤد إلا إلـــى زيادة فى جسامة الاعتداء على ذات المصلحة اقتصر على كونه ظرفا مشدداً. وهذا غير جائز ومن الأفضل التعديل فى التفرقة بين ما يعد ظرفا فى الجريمة وما يعد ركنا على جميع العناصر المكونة للجريمة سواء فى ركنها المادي أو فى ركنها المعنوي [2].

ومـــن ناحـــية أخـــرى وقع أنصار معيار المصلحة فى تناقض إذ اعتبروا الإكراه فى السرقة م(٣١٤ ع) ركنا مكونا لجريمة جديدة وهى مصلحة الشخص فى ســـلامة جسم المعتدى عليه بالإكراه أي أن هذه الأخيرة تعتبر مصلحة مغايرة عن مصلحة الشخص فى سلامة ملكية المعتدي عليها بالسرقة. أما السرقة التى تقع على

---

(١) ذهب البعض من الفقه الى التفرقة بين تعبيرى المصلحة القانونية والمال القانوني فالأخير هو الــشئ محــل الحمايـــة أو هـــو كل ما يفيد فى اشباع الحاجات ، أما المصلحة القانونية فهى الـــرابطة التـــى تقوم بين الشخص او المجتمع وهذا الشئ وقد درج المرء على ان يسعى الى اشـــباع حاجاتـــه من خلال أشياء أو أموال أو حقوق معينة وما يربط هذه الأخيرة بالشخص يعـــرف (بالمصلحة) وإذ تنسحب حماية القانون على هذه المصلحة تعد " مصلحة قانونية " يـــشكل الاعـــتداء علـــيها جريمة جنائية. وإذا كان المال القانوني هو المعيار الذى يميز بين طوائف الجرائم المختلفة كطائفة جرائم الاعتداء على الحياة وطائفة جرائم الاعتداء على المال ، فواقـــع الأمر أن كل طائفة من هذه الطوائف تشتمل على مجموعة من الجرائم التى يتميز بعـــضها عـــن الـــبعض الآخر والتى تستقل كل جريمة منها بعنوان معين وعند اصحاب هذا الـــرأي ان ممـــا يعـــين على التمييز بين هذه النماذج معيار المصلحة القانونية التى يرعاها المـــشرع فنجدها تختلف من نموذج إجرامى الى آخر ومن مؤدي ذلك اعتبار جريمة السرقة بإكراه (٣١٤ عقوبات) جريمة مستقلة تماما عن السرقة العادية لأن فعل الإكراه يمثل اعتداء على مصلحة مغايرة للمصلحة التى يحميها النص الخاص بالسرقة العادية ألا وهو حق الحق فى الملكية ... د/ محمد إبراهيم زيد ، مرجع سابق ، ص١٨ – د/ آمال عثمان ، مرجع سابق ، ص٦٤ – د/ هشام أبو الفتوح ، مرجع سابق ، ص٦٥ .

(٢) د/ احمد فتحى سرور، أصول قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ ، بند ٩٠ ، ص١٧

الأمـــاكن المـــسورة بالكـــسر م (٣١٧ ع مصري) فلا يعد عنصر الكسر فيها إلا ظــرفاً مــشدداً لأن الإتـــلاف لا يمثل إعتداء على مصلحة جديدة مما يعني أن هذا المعـــيار فـــيه من الضعف مما يتعذر منه إرساء أساس ثابت للتفرقة بين الظروف المشددة وأركان الجريمة(١).

١٠٧ـ معيار وظيفة العنصر :ـ

ونحـــن من جانبنا نؤيد هذا المعيار للتفرقة بين الركن والظرف حيث يستند إلـــى وظيفة العنصر محل البحث وهذا ما ذهب اليه كثير من رجال الفقه الفرنسى حـــيث يـــري البعض أن الوقائع المكونة للجريمة تعد عناصر أساسية لها ولا قيام للجريمة بدونها. أما الظروف المشددة فهى لا تعدو أن تكون توابع للعناصر المكونة للفعـــل الأصلى (أي مصاحبة للواقعة الرئيسية) فتزيد من جرم الجانى وبالتالى لا تؤثر إلا فى مقدار العقوبة (٢).

ويـــري البعض الآخر أن الظروف المشددة فهى ملحقات للعناصر الأساسية وتؤثـــر فى العقوبة المطبقة وكذا فى الطبيعة القانونية للواقعة مثال ذلك الواقعة التى تكـــون فيها السرقة أرتكبت من مجموعة أشخاص معاً (àrt. 311 – 4 et. cpén) والـــسرقة مـــع حمـــل ســـلاح (art. 311-8c. pén) – والإكراه المصاحب لجرائم الأخلاق والآداب العامة (art-222- 3et 222-24c- pén) (٣).

كما يري غيرهم أن العناصر التكوينية والتى يشملها النموذج العام للجريمة هـــى التى يترتب على انتفائها انتفاء الجريمة أو قيام جريمة أخرى مختلفة تماماً فى طبيعتها أما الظروف المشددة فلا يترتب على انعدامها أي تغيير فى طبيعة الجريمة فهـــى وقائـــع محـــددة منصوص عليها تشريعيا وتؤدي الى الزيادة التلقائية للعقوبة العادية المطبقة (٤).

وهـــذا مـــا قـــرره الفقـــه الفرنـــسى للتفرقة بين العناصر المكونة للجريمة (أركانهـــا) وبين الظروف المشددة ويستبين من هذا أن وظيفة العنصر المكون هو

---

(١) د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص٧٩ – د/ حسنين عبيد ، مرجع سابق ، ص١١٣

(1) Jendidie (W), op, cit, No. 421, p. 470

(2) Levasseur (G), Bouloc (B) et vitu (A), op, cit. No. 652, p. 507

- salvaGE (ph) op. Cit, No 226, p. 123

(3) Borricand et simon , op, cit, P. 182

إيجـاد الجـريمة ، أمـا الظروف المشددة فهى توابع للواقعة الأساسية قد تغير من الطبـيعة القانونـية للجريمة أو من العقوبة المطبقة. فإن انعدمت العناصر المكونة انعـدمت الجـريمة أو قامت بدلا منها جريمة أخرى ، مثل جنحة السرقة البسيطة وجـناية السرقة بالإكراه حيث يعد الإكراه ظرفا مشددة للسرقة واستبعاده لا يترتب عليه سوى تطبيق العقوبة البسيطة للسرقة وكذا نيه القتل فيعد عنصراً مكونا لجريمة القـتل ومن مؤدى انتفائها أن ينتفى وقوع جريمة القتل العمد وان كان يحتمل وقوع جريمة أخرى مختلفة عنها هى "جريمة القتل الخطأ" أو جريمة الضرب المفضى الى المـوت ، أمـا ظـرفا سبق الإصرار والترصد فلا يترتب على غيابهما إلا تطبيق العقـوبة البـسيطة فـإذا توافرا ، استتبع ذلك اعتبار جريمة القتل اغتيال وعقوبتها الإعدام (١) .

هذا ويأخذ جانب كبير من الفقه المصرى بهذا المعيار "وظيفة العنصر" فإذا كـان مـن شـأنه التمييز بين جريمة وواقعة مشروعة أو إجرامية أخرى فإنه يعد عنـصرا تكوينـيا. أما إذا ترتب عليه التخفيف أو التشديد فى جسامة الجريمة مما يـؤدى الـى تغيير فى الآثار القانونية التى يرتبها المشـرع على الجريمة فإنه يعد ظرفا – والعناصر التكوينية يشملها النموذج العام للجريمة أما الظروف فتخرج عن هذا النموذج الأساسى وتوجد متضمنة فى نموذج إضافى يلحق بالجريمة ويؤثر فى الجـزاء المقرر أصـلاً لها لمـا يسفر عنـه من تشديـد أو تخفيف فى جسامة الواقعة المكونة للجريمة (٢) .

كمـا يـذهب آخرون إلى أن العنصر يعد من أركان الجريمة إذا فرق بين الفعل المشروع والجريمة أما إذا كان من مقتضى وجوده التأثير فى جسامة الجريمة وإحـداث تغييـر فـى العقوبة ليس إلا عد ظرفا لا ركنا. فالأركان إذ أن عناصر

---

(1) Le vasseur , Bouloc ét vitu , op. cit.No 689, p. 526.

- SalvaGE , op. cit, No 227, p. 123 .

وقـد دعـا بعض الفقه الإيطالى إلى الأخذ بهذا المعيار لأن الركن عنده يدخل فى تكوين الجريمة وإذا تخلـف انـتفت الجريمة ، أما الظرف فلا علاقة له بتكوين الجريمة ولا يؤثر تخلفه فى وجودها . كما أكد أن التفرقة بين الظروف والأركـان ليسـت إلا تفرقـة وظيفية فللأركان وظيفة تكوينية أما الظروف فوظيفتها بالنسبة للجريمة عرضة ... د/ ماجد فؤاد ، مرجع سابق ، ص٣١٤ – د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص٥٣ .

(٣) د/ آمال عثمان ، مقال سابق ، ص٦٥ – د/ عبد الحميد الشورى ، مرجع سابق ، ص١١.

أساسية لا قيام للجريمة بدونها وفقا لنموذجها القانوني، بينما الظروف تقوم الجريمة كاملة بدونها – فهي عناصر عرضية تبعية ، أي لا يمكن الحديث عن الظروف إلا إذا كانت هناك جريمة قائمة فعلا تكاملت أركانها (١) .

فـــي الواقع يلاحظ على تلك الآراء التي قيلت في هذا الصدد أنها اقتصرت علـــى مجـــرد ذكـــر تعريف نظري لكل من وظيفة الركن والظروف مما يقتضى الـــرجوع الى كل جريمة وتحليلها وفحص كل النصوص المرتبطة والمتعلقة بها ثم الـــبحث عـــن ذلك العنصر الجديد ، ينطبق عليه تعريف الركن أم الظرف وما هو الحـــل إذا ترتب على غياب عنصر من العناصر قيام جريمة أخرى فهل تعتبر هذه الجريمة الناشئة جريمة مختلفة تماما عن الأولى وبالتالي يعد هذا العنصر ركنا فيها ، أو أن تلـــك الجريمة تعتبر الصورة للجريمة الأساسية ومن ثم يعتبر هذا العنصر ظرفا مشدداً لها ؟ إن الأمر يحتاج إلى معيار آخر بجانب معيار الوظيفة حتى تسهل التفرقة (٢) .

١٠٨- مـوقـف الشـريـعـة الإسـلامية :-

لاســتبيان المعــيار المفــضل في الشريعة الإسلامية للتفرقة بين الظروف والأركان لابد أن نشير بادى ذى بدء الى تقسيم الجرائم المبنى على جسامة العقوبة.

فتنقسم الجرائم بحسب جسامة العقوبة المقررة عليها الى ثلاث أقسام :-

- **القسـم الأول : جرائم الحدود** : وهـــى الجرائم المعاقب عليها بحد والحد هو العقوبة المقررة حقا لله تعالى ومعني العقوبة المقررة أنها محدودة فليس لها حد أدني ولا حد أعلى ، وجرائم الحدود معينة ومحددة وهي سبع جرائم : ١) الزنا ٢) القـــذف ٣) الـــشرب ٤) السرقة ٥) الحرابة ٦) الردة ٧) البغى. (٣).

---

(١) د/ على راشد. د/ يسرى أنور على ، مرجع سابق ، ص٢٣١- د/ عبد العظيم مرسى وزير ، مـــرجع ســـابق ،ص٤٧ – د/ مأمـــون سلامة ، مرجع سابق ، ص١٠٧ – د/ جلال ثروت، مرجع سابق ، ص١٤٩ – د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص٣٦.

(٢) د/ محمـــد هشام أحمد ، مرجع سابق ، ص٧٣ – د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص ٣١٦ – د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص٥٤.

(٣) الأســتاذ/ عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، جـ٢ ، ص٧٨ – د/ عبد الأحد جمال الدين ، الشرعية الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، المجلة الجنائية القومية س١٩ ، ١٩٧٦ ، ع ١ ، ٣ ، ص١٣٨.

❑ **القسم الثاني : جرائم القصاص والديه** : وهي الجرائم التى يعاقب عليها بقصاص أو دية وكل منها عقوبة مقدرة حقا للأفراد ومعني أنها مقدرة أنها ذات حد واحد وهي خمس :

١) القتل العمد ٢) القتل شبه العمد ٣) القتل الخطأ ٤) الخيانة ما دون النفس عمداً

٥) الخيانة على ما دون النفس خطأ [١] .

القسم الثالث : جرائم التعازير : وهي الجرائم التى يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزير واكتفت بتقدير مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم نبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدها وتركت للقاضى أن يختار العقوبة أو العقوبات فى كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف المجرم [٢] .

والتعذير هو العقوبة التى لم يرد نص من الشارع ببيان مقدارها ، وترك تقديرها لولى الأمر، أو القاضى المجتهد حيث يستطيع أن يقدر فى سلطانه ما يسمى الآن فى العرف الحضاري جنايات تكون عقوبتها مقدرة بحد أعلى وحد أدني ويترك الأمر فى تقدير ما بينهما الى اجتهاد القاضى فى فقه القضية [٣] والتعذير قد يكون حبسا محدد المدة وقد يكون لوماً وتوبيخاً بالكلام كما يكون بالإقامة من المجلس ، كأن يأمر القاضى بالوقوف على قدميه ثم يأمره بالجلوس أو يأمره بالإنصراف من المجلس وقد يكون بالضرب بسوط أو غيره واتفق الأئمة أنه لا حد لأقل التعذير

---

(١) المستشار/ عز الدين الديناصورى – د/ عبد الحميد الشوربى ، مرجع سابق ، ص١٣ – الإمام/ محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى ، مرجع سابق ، ص١٠٧.

(٢) د/ علــى راشــد ، التلاحم بين الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعى فى المجال الجنائى ، مجلة مصر المعاصرة ، س٦٦ ، ١٩٧٥ ، ع٣٦٢ ، ص٤٥٣ – د/ محمود نجيب حسنى ، مقال سابق ، ص١٩.

(٣) والتعزيرات الإسلامية يجب ان يتوافر فيها. أولا : أن يكون الباعث عليها حماية المصالح الإسلامية المقررة ... ثانيا : أن تكون العقوبات المقررة حاسمة لمادة الشر أو محققة له، وألا يترتب على العقوبة ضرر مؤكد أو فساد أشد فتكا بالجماعات. ثالثا : التناسب بين مقدار العقوبة والجريمة ... رابعا : المساواة والعدالة بين الناس جميعا ... الإمام/ محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص٦٩ – د/ أشرف عبد الرازق ويح ، التعزير بالحبس فى الشريعة الإسلامية " دراسة مقارنة " مجلة روح القوانين " جامعة طنطا ، بدون تاريخ ، ص٣٠ .

واخـــتلفوا فى أكثره فعند مالك هو غير محدود بل بحسب الجناية والجاني والمجني عليه ، أما الأئمة الثلاثة فخالفوا مالك فى التعذير إن كان جلداً فأبو حنيفة والشافعى قالا : يجب أن لا يبلغ أدني حد مشروع مع اختلافها فى أدنى الحد (١).

وفى ضوء تلك الفكرة المختصرة لنظام التعزير بالقدر الضروري اللازم فى نطـــاق بحثنا نري أن الوصول إلى معيار مميز بين أركان الجريمة وظروفها أمر متـــروك لولـــى الأمـــر يستخلصه على ضوء الواقعة المطروحة وما يحيط بها من ظروف وملابسات لكى يختار العقوبة المناسبة للجرم الواقع الى أن نصل فى بعض الجـــرائم الى قتل الجانى وفقا لقدر الجريمة ، مثل قتل الجاسوس المسلم إذا اقتضت المصلحة قتله وهذا قول مالك وبعض أصحاب أحمد وأفتى به ابن عقيل ، وقد ذكر بعـــض أصـــحاب الـــشافعى واحمـــد نحو ذلك فى قتل الداعية الى البدعة كالتجهم والرفض وإنكار القدر (٢).

١٠٩ـ التقدير الشخصى لهذا التمييز :

الواقع فإنه بدراستنا وتقديرنا لكافة الآراء التى قيلت فى الفقه بصدد التفرقة بين الظرف المشدد والركن لم نجد رأيا نعتبره نموذجا فى هذا الصدد سوى المعيار القائم على وظيفة العنصر حيث يمتاز هذا المعيار بمزايا متعددة.

أولاً : يستقيم هذا المعيار مع الطبيعة العرضية للظروف حيث إنها عناصر إضافية تابعة تلحق أو تقترن بأحد العناصر المكونة للجريمة وتضفى عليه وضعا أو تحديداً يـــرتب أثـــراً مشدداً أو مخففا لجسامه الجريمة (٣) وبالتطبيق لهذا فإن جريمة القتل العمدي تتألف من ركنين أساسيين هما فعل القتل ، وقصد ارتكابه (م ٢٣٤مصرى) فنـــية القـــتل تعد ركنا مكونا لجريمة القتل فى صورتها البسيطة لأن عدم وجودها يترتب عليه أحد فرضين إما أن يصبح الفعل مباحاً (في حالة الدفاع الشرعى) وإما أن تقـــوم جريمة أخرى مختلفة تماما تحمل إسما مغايراً وتدخل ضمن طائفة أخرى مـــن الجرائم (طائفة جرائم القتل الخطأ أو ضمن الضرب المفضى الى الموت)(٤) .

---

(١) الإمام/ عبد العزيز حمد آل مبارك الاحسانى ، مرجع سابق ، ص٥٣١ .

(٢) د/ أحمد فتحى بهنسى ، مرجع سابق ، ص١٨٢.

(٣) عبد الحميد الشوربى ، مرجع سابق ، ص١١ – د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص١٢٦.

(4)- Canin (P), op, cit, p. 61.

- Le vasseur (G), Bouloc (B) et vitu (A), op. , cit, No 253, P, 226.

أمـــا ســبق الأصرار والترصد فلا يترتب على غيابها إلا تطبيق العقوبة البسيطة. وكذا الحـــال فـــى جـــريمة الـــسرقة حيث يتكون نموذج السرقة البسيط من ثلاثة أركان : ١) الاختلاس ٢) منقول مملوك للغير ٣) القصد الجنائى

ومن مقتضى غياب الركن الأول أن يكون تكييف الفعل خيانة أمانة (٣٤١ ع - مــصري) إذا كـــان الشئ المختلس فى حيازة الجانى بموجب عقد من عقود الائــتمان ولا تكيف الجريمة بأنها سرقة لأن الإختلاس ركن أساسى فى السرقة ولا تــوجد إلا به [١] فإذا توافر فى السرقة ظرف إكراه تحولت جنحة السرقة (نموذج الجــريمة البــسيطة) إلـــى جــناية ، أي أن توافر هذا العنصر يحدث تغييراً فى الطبيعـــة القانونية للجريمة وفى عنوانها دون اسم الجريمة [٢] فتسمى سرقة بإكراه وتشدد العقوبـــة [٣] ومـــا يصـــدق على الإكراه يصدق على بقية الصور (التسلق - تحطيم الأقفال والأبواب - التعدد...) [٤].

ثانـيـا : يمـــتاز هـــذا المعيار بالعمومية حيث أنه يمكن تطبيقه على نماذج الجرائم المختلفة وبالتالى التمييز فى كل منها بين الظرف المشدد والركن.

ثالـثـا : يعد هذا المعيار محققا للعدالة الكاملة وداعيا لاستقرار أحكام القضاء حيث انه يتسم بالبساطة والوضوح فالظرف هو ما يؤدى الى تخفيف أو تشديد فى جسامة الجريمة مما يؤدى الى تغيير فى الآثار القانونية التى يرتبها المشرع على الجريمة (نحـــيل الـــى مـــا سبق ذكره منعا للتكرار)[٥] فى حين أن الركن هو أحد العناصر التكوينية للواقعة وهذه العناصر يشملها النموذج العام للجريمة والذى يمكن التعرف علـــيه من نص التجريم (نحيل الى ما سبق ذكره منعا للتكرار)[٦] وهذا ما يعد متفقا مع منطق الأمور.

---

(١) المستـــشار مصطفى مجدى هرجه ، التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء ، بدون جهة نشر ، ط٢ ، ١٩٩١ ، ص١١٩٥

(٢) اســـم الجـــريمة كما سبق هو ما يطلق على طائفة معينة من الجرائم مثل طائفة جرائم القتل العمـــد ، طائفـــة جرائم السرقة وطائفة جرائم القتل الخطأ وطائفة جرائم النصب فى حين أن المقـــصود بعنوان الجريمة فهو الذي يفرق بين نماذج الجرائم المختلفة داخل كل طائفة فيقال السرقة بإكراه أو السرقة بالكسر ... د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص٣٢٠ .

(3) Le vasseur , Bouloc et vitu , op. Cit, No 653, P, 508

(4) Borricand et simon, op. Cit, P. 182

(٥) راجع ما تقدم من الرسالة ص ٣٧ .

(٦) راجع ما تقدم من الرسالة ص ٣.

المبحث الثاني
الإكراه كظرف في الجريمة

١١٠- تمهيد وتقسيم :-

وبعد أن انتهينا من التمييز بين الظروف المشددة والأركان وما يترتب على ذلك من آثار يتعين بيان تقسيمات الظروف وموضع الإكراه من هذا التقسيم .

وقديما كان للفقه الروماني الفضل في وضع أول تقسيم للظروف فقال إن العقاب عن الفعل المرتكب قد يتأثر بظروف تتعلق إما " بالأشياء أو الأشخاص أو المكان أو الزمان أو الصفة أو الكمية أو النتيجة " وقد أخذ جميع الفقهاء بهذا التقسيم وأصبح تقسيما تقليدياً ثم طور بعض الفقهاء المعاصرين هذا التقسيم فأرجعوا الظروف إلى المراحل الثلاثة التي تمر بها الجريمة : ظروف تلحق بالجريمة في مرحلة التحضير ، وظروف تلحق بها في مرحلة التنفيذ ، وظروف تلحق بالجريمة التامة(١) أما الفقهاء المعاصرون فقد اتفق جانب كبير منهم على تقسيم الظروف المشددة إلى ظروف عامة مشددة وظروف خاصة مشددة ، وتقسيمها أيضا إلى ظروف شخصية مشددة وظروف عينية مشددة (٢).

وفي ضوء ذلك سنقسم خطة بحثنا في هذا المبحث الى مطلبين :

المطلب الأول : تقسيمات الظروف

المطلب الثاني : موضع الإكراه من هذا التقسيم .

---

(١) ومثال للظروف التي تلحق بالجريمة في مرحلة التحضير تلك التي تتعلق بالإرادة الإجرامية مثل سبق الإصرار والدوافع ، وكذلك ظرف الترصد وظرف تعدد الأشخاص . أما الظروف التي تتعلق بمرحلة التنفيذ فمثالها تلك التي تتعلق بزمان أو مكان إرتكاب الجريمة وتلك التي تتعلق بالفاعل أو بالمجني عليه أو تلك التي تتعلق بوسيلة ارتكاب الجريمة . أما الظروف التي تتعلق بالجريمة التامة فمنها ندم الجاني أو تعويضه الضرر المترتب على الجريمة أو تخفيف الآثار الضارة المترتبة عليها ... د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص١٤٠ - حسن البغال ، مرجع سابق ، ص١٠ .

(٢) د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص١٤٩ - د/ عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص ١٥ - د/ محمد هشام أبو الفتوح ، مرجع سابق ، ص١٠٧ .

المطلب الأول
تقسيمات الظروف

١١١- موضوع الظروف المشددة :

نشير بادئ ذي بدء بأن الظروف المشددة جميعها ظروف مشددة قانونية أي مصدرها القانون ضمانا لحقوق المواطنين حيث يلتزم بها القضاء ويمتنع عليه القياس عليها أو تقرير ظروف مشددة أخرى غير تلك التى نص عليها القانون صراحة [(١)]

وعلى ذلك أتجهت التشريعات الى تنظيم تلك الظروف المشددة فى نصوصها التشريعية وسلكت فى ذلك إتجاهين :-

الأول : النص على الظروف المشددة فى القسم العام من قانون العقوبات بحيث يسري التشديد على كل جريمة يلحق بها ولذلك يسمى بالظرف المشدد العام [(٢)]

الثاني : النص على ظروف مشددة فى مواضع متفرقة من القسم الخاص من قانون العقوبات بحيث يلحق كل ظرف بجريمة معينة ولذا تسمى بالظروف المشددة الخاصة. [(٣)]

---

(1) – Capogne, op. cit. No 174, P. 89.
- Salvage, op. cit. No 226, P. 123
- د/ على راشد ، القانون الجنائى " المدخل وأصول النظرية العامة " ، مرجع سابق ، ص٦٤٥
- د/ السعيد مصطفى السعيد ، الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، دار المعارف ، ط٣ ، ١٩٥٧ ، ص٧٠٢
- د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص٥٣.

(٢) مثال : الحال فى الظروف المشددة (لذوي السوابق) العود Cass.crim.,3 Juill. 1806, B. n 0 107) أو العسكرية (crim., 22 aùt 1872, B.n 0225) مشار اليه Jeandidier, op. cit. No. 292, P, 318.

(٣) ومن أمثلة ذلك ما نص عليه المشرع الفرنسى فى المواد (132-75 à 132-71) حيث يعطى تعريف لمفهوم العصابة المنظمة ، التسلق للسرقة ، تحطيم أو تكسير الأبواب أو الاقفال، سبق الإصرار ، وتحديد مفهوم السلاح المستخدم ، capogne , op. cit, No. 176, P,89 ...

والواقـــع أن كلا من الإتجاهين غير مطلق فقد ينص المشرع على ظروف خاصة مشددة فى القسم الخاص من قانون العقوبات بجانب الظروف المشددة العامة والعكس فى حين يذهب البعض إلى تقسيم كل من الظروف العامة والخاصة تأسيسا على طبيعتها الى ظروف موضوعية أو مادية وظروف شخصية (١)

١١٢- تقسيمات الظروف المشددة :

تنقــسم الظــروف المشددة الى ظروف عامة وظروف خاصة ، وظروف شخصية وآخرى عينية .

ويتعين معرفة موقف الشريعة الإسلامية من هذه الظروف .

---

(١) ويتجه بعض الفقه المصرى الى تقسيم الظروف من حيث طبيعتها الى قسمين فمنها ما يعتبر بذاتــه جــريمة وبانــضمامه الى الجريمة الأصلية تشدد عقوبتها كما فى القتل العمد المرتبط بجــنحة أو مقتــرن بجناية (مادة ٢/٢٣٤) فالقتل هو الجريمة الأصلية أما الجنحة أو الجناية الأخرى فتعد بالقياس اليها ظرفا مشدداً. وكذلك السرقة بكسر الأختام ، فكسر الأختام – وهو جريمة (المادة ١٤٧ وما بعدها) – يعد ظرفا مشدداً لعقوبة السرقة. ولكن من الظروف مالا يكــون بذاتــه جــريمة ، وهو الغالب. وهنا قد يرجع الظرف الى الركن المادي فى الجريمة ومثاله الصفات التى تقوم لدي الفاعل كصفة الخادم فى السرقة ، أو لدي المجني عليه كما فى القــذف فــى حــق الموظفين العموميين (م ٣٠٣ ع) أو الظروف المتعلقة بجسامة النتيجة كالظرف المحققة فى السرقة (م ٣١٩) أو الظرف المتعلق بوسيلة ارتكاب الجريمة كالكسر والتــسلق فــى الــسرقة أو بمكــان أو زمان ارتكابها أو بالآلة أو الأداة التى استعملت فيها كاســتعمال السم فى جريمة القتل (م ٢٣٣). أما الظروف التى ترجع الى العنصر المعنوي فمــثالها ســبق الإصرار ، وقصد اغتصاب الأرض فى الجريمة المنصوص عليها فى المادة (٣٥٨) ... د/محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص٤٣ ، د/ هلالى عبد اللاه احمد ، مرجع سابق ، ص٤٨ ، د/ محمد على السالم عياد ، مرجع سابق ، ص١٠١

ونحن من جانبنا لا نقر هذا التقسيم لانه تزايد لا طائل له ويغنى عنه تقسيم الظروف من حيث طبيعــتها الــى موضــوعية وشخصية ... ومن المؤيدين د/ رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، دار المعارف بالإسكندرية ، ط٢ ، ١٩٦٨ ، ص١٠٥١ – د/ محمود نجيب حــسني ، مــرجع سابق ، ص٥١ – د/ احمد فتحى سرور ، أصول قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ ، بند ٩١ ، ص١٧١ – د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، بند ٢٩ ، ص٢٨.

١١٣- (أولا) الظروف المشددة العامة:-

وهــذه الظــروف التي يرد النص عليها في القسم العام من قانون العقوبات ويسري أثرها على جميع الجرائم أو على طائفة منها [1].

والظــرف العــام المشدد الشائع في غالبية التشريعات هو ظرف العود إلى جانب أن هناك طوائف من الظروف العامة المشددة حرصت طائفة من التشريعات العــربية على النص عليها[2] والوضع في فرنسا لا يختلف كثيراً حيث أعتبر ظرف

---

(١) د/ الــسعيد مــصطفى السعيد ، مرجع سابق ، ص٧٠٢ – د/ على راشد ، المدخل وأصول النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص٦٤٦ ، د/ رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، مرجع سابق ، ص١٠٥١.

(٢) التــشريع الجنائــي العراقي حيث تنص المادة – ١٣٥ عقوبات " يعتبر من الظروف المشددة العامــة علــى الــوجه الآتي:.. ١) ارتكاب الجريمة بباعث دنئ ٢) ارتكاب الجريمة انتهاز فرصــة ضعف إدراك المجنى عليه أو عجزه عن المقاومة أو في ظروف لا تمكن الغير من الــدفاع عــنه. ٣) اســتعمال طرق وحشية لارتكاب الجريمة أو التمثيل بالمجنى عليه. ٤) اســتغلال الجانــي في ارتكاب الجريمة صفته كموظف عام أو إساءة استعمال سلطته ونفوذه المستمدين من وظيفته ... إضافة الى ظرف العود.

- التــشريع الجنائي لدولة البحرين – تعالج المادتين ٧٥ ، ٧٦ تقسيمات الظروف المشددة فتــنص المادة (٧٥) على انه "مع مراعاة الأحوال التي يبين فيها القانون أسباب خاصة للتشديد تعتبر من الظروف المشددة ما يأتي:

١. ارتكاب الجريمة لبواعث دنيئة.
٢. ارتكــاب الجريمة بانتهاز فرصة عجز المجنى عليه عن المقاومة وفي ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه.
٣. اتخاذ طرق وحشية لارتكاب الجريمة أو التمثيل بالمجنى عليه.
٤. وقــوع جريمة من موظف عام أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته ، ما لم يقرر القانون عقابا خاصا اعتباراً لصفته.

العود من الظروف العامة المشددة (١) .

فـــي حين يذهب البعض إلى اعتبار الموظف العام أو أحد أعضاء الضبطية القـــضائية ظرفا مشدداً عام للجرائم التى يرتكبها أو يساهم فيها من تتوافر فيه هذه الـــصفة ويكـــون مكلفـــا بالـــرقابة أو مـــنع ارتكاب هذه الجرائم (١٩٨ عقوبات فرنسى) (٢) .

---

(١) يعرف العود بانه حالة ارتكاب شخص – خلال فترة تختلف حسب طبيعة الجريمة – جريمة أخرى أو أكثر بعد سبق صدور حكم بات عليه من أجل جريمة سابقة.

Bouzat (P) et Pinatel (J), traité de droit pénal et de criminologie, Dalloz -2- éd -1970, T.1, No 666, P. 662.

وهذه الحالة تختلف عن حالة " تعدد الجرائم " حيث يرتكب المجرم جريمتين أو أكثر قبل أن يحكم عليه نهائيا من أجل أي واحدة منهما.

ROBERT (J. H), droit pénal général, presses universitaire de france, 3 éd 1998, P.372

ولا تعـــارض بين كل من الحالتين ، وليس من المحتم أن تنفى إحداهما الأخرى ، فمن المنصور اجـــتماعهما كمـــا لو حكم على المجرم نهائيا من أجل جريمة أو أكثر ، ثم عاد الى ارتكاب جريمتين أو أكثر وبدأت محاكمته عنها.

ويترتب على العود فى قانون العقوبات جواز تشديد العقوبة الى ما يزيد عن الحد الأقصى للجريمة وعلى ذلك أن من يعود الى ارتكاب الجريمة بعد أن سبق الحكم عليه لجريمة أو أكثر يفصح عن ميله للأجرام إستهانته بالعقاب.

- Le vasseur, Boulac , et vitu , op. cit, No 653, P. 508.
- BoricAND et si MON, op, cit. p. 183.
- وللعـــود فى قانون العقوبات المصري ثلاث صور نظمت بنصوص المواد ٤٩ ، ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ – عقـــوبات وقد بينت المادة (٥٠) من قانون العقوبات آثار العود الوارد فى المـــادة ٤٩ عقـــوبات وهي انه يجوز للقاضى ان يحكم بأكثر من الحد الأقصى المقرر قانونـــيا للجريمة بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تـــزيد مـــدة الأشـــغال الـــشاقة المؤقتة أو السجن على عشرين سنة...د/ إبراهيم حامد طـــنطاوى، أحكام التجريم والعقاب فى قانون نظم الاتصالات ، دار النهضة العربية ، ط ٢٠٠٣ ، ص٦٥.

(٢) د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص٤١٣ – د/ محمد هشام احمد ، مرجع سابق ، ص ١١٣

- Boric AND (J) et simon (A. M), op. cit. P. 182.

ونحـــن مـــن جانبنا نري ضرورة أن يحذو المشرع المصري حذو المشرع العراقـــي من ضرورة تجميع الظروف المشددة فى نصوص متتالية بدلاً من ذكرها متفرقة لكى تسرى على جميع الجرائم او على طائفة منها حسبما يقرره القانون [(1)] .

١١٤ـ (ثانيا) الظروف المشددة الخاصة:ـ

وهي التى يجري النص عليها فى القسم الخاص من قانون العقوبات بمناسبة معالجة للجرائم المختلفة مثل ظرف الكسر ، وظرف التسلق ، وظرف صفة الخادم فـــي جرائم السرقة (م ٣١٧ عقوبات) وظرف سبق الإصرار فى جريمة القتل (م ٣٢٠ ع مـــصري) وفـــي جريمة الضرب والجرح العمد (م ٢٤١ مصري) كما يعتبر حمل السلاح ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة (٣١١-٨ عقوبات فرنسى) والإكراه فى جرائم الأخلاق والآداب العامة (مادة ٢٢٢-٣ ، ٢٢٢-٤ فرنسي)[(2)] .

---

(١) انـــتقد البعض القول بوجود طائفة الظروف العامة المشددة وقد ورد هذا النقض بصفة خاصة ضمن بعض التقارير التى قدمت فى المؤتمر الدولى التاسع الذى عقد فى لاهاى فى الفترة من ٢٣ الى ٣٠ أغسطس ١٩٦٤ – وقد استند المعارضون الى .

١. صـــعوبة حصر الظروف العامة المشددة فى قائمة بالنظر الى طبيعة الحياة الإنسانية الدائمة ومن الأفضل إعطاء القضاء سلطة تقديرية واسعة فى تقرير العقوبة .
٢. اخـــتلاف تـــأثير الظروف فى الجرائـــم المختلفـــة مما يصعب معه النص على الظروف الخاصة التى تناسب كل جريمة
٣. الصفة التجريدية لهذه الظروف العامة تبعدها عن الواقع ويختلف فى تفسيرها.
٤. وجـــود هـــذه الظروف العامة المشددة يعوق سلطة القضاء التقديرية فى تقرير العقوبة حسب ظروف كل جريمة ومن الأهمية منح القاضي سلطة مرنة فى تطبيق العقوبة.

هـــذه هـــي خلاصـــة الانتقادات التى وجهت الى الظروف العامة المشددة وقد رد المقرر العام للمؤتمـــر على أوجه النقد هذه بإنها غير مقنعة ، بالنظر الى ان الاتجاه التشريعى عندما يضع ظـــروف عامـــة مشددة فإن هذا له من الفائدة حيث يتم رسم الخطوط العامة للتشريع ويساعد القضاء على التعرف عليها كما أن القول بأن الظروف العامة المشددة تعوق سلطة القضاء فى التفريد مردود عليه بالحقيقة المماثلة وهي أن وضع هذه الظروف فى معظم التشريعات يقترن بمـــنح القضاء سلطة تقديرية واسعة فى التفريد لإمكان التلاؤم مع ملابسات الجريمة الأخرى وقد وصل الحال فى الدفاع عن الظروف العامة المشددة الى حد صدور توصية هامة تقضى بـــضرورة معالجتها فى القسم العام من قانون العقوبات مع مراعاة مقتضيات السياسة الجنائية التى تفرضها التقاليد المختلفة والطبيعة الخاصة لمختلف التشريعات القومية ... د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص٤٢٣ ، د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص١٤٧ .

(٢) د/ جـــلال ثـــروت ، مرجع سابق ، بند ١٢٨ ، ص١٥- د/ محمد على السالم عياد ، مرجع سابق ، ص١٠٠ – د/سلوى توفيق بكير – د/ على حمودة ، مرجع سابق ، ص١٥١.
- ما تقدم من الرسالة : صـــ ٥٢ ، ٥٤ .

١١٥- (ثالثا) تقسيم الظروف المشددة الى ظروف شخصية مشددة وظروف عينية مشددة :

يتجه الفقه السائد إلى تقسيم الظروف المشددة من حيث طبيعتها إلى ظروف شخصية مشددة وظروف عينية أو مادية مشددة.

١. الظروف الشخصية المشددة :

Le sirconstances aggravantes subjectifs personnelles .

وهى التى تتعلق بالركن المعنوي فى الجريمة أو شخص الفاعل أو الشريك فيها وتتعلق فى بعض الأحيان بطبيعة العلاقة التى تربطه بالمجنى عليه ، أو بطبيعة الوظيفة التى يمارسها الموظف أو ببعض الظروف الملاصقة لنفس الفاعل وإصراره [١] .

ومن الظروف الشخصية المشددة المتعلقة بطبيعة العلاقة بين الفاعل والمجني عليه صفة الأصل فى جريمة هتك العرض والتى ورد النص عليها فى المادة ٢٦٧ ع مصري والتى يقابلها نص المادة ٣٣١ ع فرنسى . ومن الظروف الشخصية المشددة المتعلقة بطبيعة الوظيفة التى يمارسها الفاعل صفة الموظف العام فى ارتكاب بعض الجرائم مثال السرقة المعاقب عليها بخمس سنوات سجن و ٥٠٠ ألف فرنك غرامة إذا وقعت من موظف عام حال ممارسته لاختصاص وظيفته[٢] ، ومن الظروف الشخصية المشددة الملاصقة لنفسية الفاعل سبق الإصرار فى جريمة القتل ٢٣٠ ع مصري.

---

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٤٢ ، ص٥١ ، د/ هلالى عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص٤٧ ، د/عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص٥٣.

- Le vasseur (G) Bouloc (B) cit vitu (A), op. cit. No. 652, P. 507.
- Salvage (ph), op. cit . No, 226. P. 123

(2)Capogné (M. N), op. cit. No, 177, p. 61

٢. الظروف العينية المشددة :

Les circonstances aggravantes opjectifs (réelles)

وهـــي تتعلق بالركن المادي فى الجريمة ومثالها ارتكاب الجريمة " بوسيلة معيــنة " كالقتل بالسم ، أو استخدام سلاح فى السرقة ، أو السرقة المرتكبة بواسطة عصابة منظمة [١] ، أو ارتكاب الجريمة فى مكان معين كالسرقة فى مكان مسكون أو محــل عــباده ، أو ارتكاب الجريمة فى زمان معين ، أو تؤدي الى نتيجة معينة كالإيــذاء الذي ينجم عنه مرض أو تعطيل عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً م (٢٤١ عقوبات مصري) [٢].

ومــن الظروف العينية المشددة التى تتعلق بوسائل تنفيذ الفعل حمل السلاح فـــى جــريمة العــصيان المنــصوص عليها فى المادتين (٢١٠ ، ٢١١ عقوبات فرنسى) [٣].

---

(١) وتعــرف العــصابة بأنها مجموعة منظمة ذو اتفاق مسبق على التمهيد أو التحضير لارتكاب جريمة ... م ، ١٣٢-٧١ قانون الجنائى الفرنسى .

Le vasseur (G) … , op, cit, No. 653, P. 508.

(٢) د/ جــلال ثروت ، مرجع سابق ، ص١٥١ – د/ عبد الحميد الشوربى ، مرجع سابق ، ص ١٦ ... السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص١٢ – د/ سلوى توفيق بكير – د/ على حمودة ، مرجع سابق ، ص١٥٢.

(٣) أما عن آثر هذا النوع من الظروف على مسئولية المساهمين فى الجريمة فيتجه بعض الفقهاء فـــى فرنـــسا ومصر الى وجوب التفرقة بين الظروف الشخصية والظروف الشخصية البحتة ويعــرفون الظــروف الشخصية البحتة بإنها تلك الشروط أو الصفات التى تتوافر فى شخص الفاعــل ولا يكــون لها أثر فى جسامة الجريمة ولذلك يقتصر التشديد أو التخفيف الذي يرتبه القانون على شخص من توافرت فيه هذه الصفات.

هــذا وقــد تأثــر الفقـــه المصري فى هذا الصدد بالفقه الفرنسي بحيث أصبحت التفرقة بين الظروف الشخصية والظروف الشخصية البحتة من التقسيمات التقليدية .

ومـــثال لهــذا ما جري عليه نص المادة – ٤١ عقوبات مصري " لا تاثير على الشريك فى الأحوال الخاصة بالفاعل التى تقتضى تغيير وصف الجريمة إذا كان غير عالم بتلك الأحوال. وبسبب غموض هذا النص يثور التساؤل عن المقصود " بالأحوال " ؟

اتجـــه رأي الى أن الظروف قد تؤدي الى تغيير وصف الجريمة وترتب على ذلك خلط بين " الأحـــوال " علـــى انها مرادف الظروف مما يعتبر من الأركان الخاصة. كما أن تفسير الفقه المـــصري لكلمـــة " الأحوال " على انها مرادف الظروف قد أدي الى مشكلة ومردها ان من =الأحـــوال الخاصـــة بالفاعلـــين مالا يتصور مساءلة الشريك عنها حتى إذا علم بها وهي =

.....

= الأحوال التى تؤدي الى تشديد عقوبة الفاعل لوجود صفة خاصة به لا علاقة لها بالجريمة، ومـــع ذلك يري المشرع أنها من الخطورة التى تحتم أخذه بالتشديد فلما وجد الفقه أن العبارة المطلقـــة الـــواردة بالمـــادة ٤١ قد تؤدي الي مساءلة الشريك عن مثل هذه الأحوال الخاصة بـشخص الفاعـــل لجأ الفقه المصري الى الأخذ بالتفرقة سالفة الذكر " الظروف الشخصية ، والظروف الشخصية البحتة "

والـــرأي فـــى هذا الموضوع لا يخرج عن أمرين الأول ... إذا أخذنا بالتفسير الذي اعتنقه الفقه المـــصري بأن المقصود بالأحوال هى الظروف يتعين مساءلة جميع المساهمين عن الأحوال الخاصـــة بالفاعـــل متـــى علموا بها وذلك دون تفرقة بين ما يعتبر من الظروف الشخصية والظـــروف الشخصية البحتة وفى هذه الحالة نواجهه بحلول غير مقبولة مثل مساءلة الشريك عن حالة عود الفاعل الأصلى.

الأمـــر الثانـــي : إمـــا أن نأخذ بالتفسير المنطقي المستمد من نص المادة وانه ليس من المقصود بالأحـــوال والظروف وفى هذه الحالة يقتصر أثر الأحوال على صاحبها... د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص١٥٢.

- Jeandidier, op, cit, No 292, 421, , P, 318. 470.
- Garé , Ginestet , Op, cit, No 240, P, 140...
- وهـــناك جانـــب آخـــر من الفقه يقول بوجود ما يسمى بطائفة الظروف المزدوجة وهي المـــرهونة بشخـــصية الجانـــي وتـــنعكس على التصرف المرتكب ، مثال ظرف سبق الإصرار أو الترصد أو صفة ابن الضحية عند القاتل أو صفة الطبيب عند الاجهاض أو صـــفة الخادمـــة فى السرقة ويلاحظ ان هذه الظروف تمتد لتشمل الشريك وأيضا لو أن الفاعل الأصلى مجهول.
- (crim., 23 Nov. 1972, B. n 0 288) ,
- (crim ., 45 Sept. 1976, B. n 0 272)
- jeandidier, op, cit, No 292, p. 319 ومشار اليه
- Salvage (ph), op. cit, No 226. P, 123
- Borricand (F) et simon (A.M), op, cit. P. 182
- هـــذا وقـــد ذهب الفقه المصرى الى القول انه من العسير تصور ظرف يتصل فى وقت واحـــد بالفعـــل المادي وشخص المجرم لأن لكل من الأمرين كيانه وطبيعته . فإذا تعلق بأحـــدهما ، لـــم تكـــن له صلة بالآخر. وبالبناء على ذلك فمن الخطأ اعتبار مثلاً ظرف الخـــادم ظـــرفا مزدوجا لاتصاله ببيت سيده ، لأن اتصال الخادم ببيت سيده لا علاقة له بالفعـــل المادي الذي يقوم به أي سرقة. فالسرقة لا تتأثر بأن للجاني صفة الخادم وليس لظرف الخادم صلة بمكان ارتكاب الفعل لأن الخادم قد يرتكب الفعل إضرارا بمخدوم فى غير بيته. ووجه النقد أيضا الى اعتبار صفة الولى الشرعى فى جريمة هتك العرض = مـــن الظروف المختلطة لاتصالها اتصالا ماديا بمن هو خاضع لولاية. ويضيف إن من العسير تصور وجود اتصال مادي بين شخصين طالما أن لكل منهما كيانا جسديا مستقلا عـــن الآخـــر كما أن من غير المعقول تصور وجود صلة مادية بين أحد المتهمين وبين الفعـــل المادي المكون للجريمة ويقرر أن الصلة بين المجني عليه والولى الشرعى هى صـــلة قانونية حتى ولو كانا يقيمان سويا فى مسكن واحد ولا شأن للمسكن طبعا فى قيام الجريمة لإمكان ارتكابها فى مكان آخر...د/ محمود نجيب حسنى ، المساهمة الجنائية فى التشريعات العربية ، مرجع سابق ، ص٣٦٣.

وتظهـر أهمـية التمييز بين الظروف المادية والظروف الشخصية فى أن الظروف الماديـة يـسرى أثـرها على الفاعلين والشركاء جميعا لأنها شئ لصيق بماديات الجـريمة. أمـا الظروف الشخصية فيقتصر أثرها فى التخفيف أو التشديد على من توافرت فى حقه من الفاعلين أو الشركاء دون غيرهما من الجناه [1].

١١٦ـ موقف الشريعة الإسلامية :

وقد عرفت الشريعة الإسلامية العود كظرف مشدد عام حيث شددت العقاب على المجرم العائد ومثال لهذا من تعود شتم الناس وسبهم فإنه يحبس إلى أن يظهر التوبة فقد جاء فى الأثر أن رجل يشتم الناس وهو محترم له مروءة ، انه يوعظ ولا يحـبس فـإن تكرر ذلك فإنه يؤدب وإن كان شتاماً يضرب ويحبس حتى يترك هذا الفعل [2].

وفـى السرقة – فكل مال محرز بلغت قيمته نصاباً إذا سرقه بالغ عاقل لا شـبهة له فى المال ولا فى حرزه قطعت يده اليمنى من مفصل الكف وهو الكوع ، فإن سرق مرة ثانية بعد قطعه قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب ، فإن سرقه ثالثة : فقيل لا يقطع ، وإنما يستدام حبسه وهذا مذهب الحنفية [3] استدلالاً بما ورد عـن الإمـام على بن أبى طالب إنه كان يقطع يمين السارق ، فإن عاد قطع رجله اليـسرى ، فإن عاد فسرق استودعه السجن ، وقال : إني لأستحى من الله أن أتركه وليس له شئ يأكل ويشرب به [4].

وفـى جـريمة الردة : الأصل فى المرتد إنه يستتاب ثلاثة أيام على أرجح الأقـوال فـإن أسلم وإلا قتل قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – (لا يحل دم امرئ إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان – وزنا بعد إحصان – وقتل نفس بغير نفس)

---

(١) د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص٥٢٣ – د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص ٤٨٦ .

(٢) د/ أشرف عبد الرازق ويح ، مقال سابق ، ص٩٥.

(٣) الإمام/ أبى محمد بن احمد بن سهل السرخى ، مرجع سابق ، حـ٩ ، ص١٦٦.

(٤) فى حين يذهب الشافعى وأبو حنيفة واحمد ان السارق إذا سرق قطعت يده اليمنى وان سرق ثانـية قطعت رجله اليسرى ثم إن عاد وسرق بعد ذلك لا تقطع وإنما يحبس حتى يستتاب... الشيخ/ محمد الشيبانى بن محمد ابن احمد الشنقيطى ، مرجع سابق ، ص٥٠٥.

فإن عاد المرتد الذى استتيب وتاب وسقط عنه حد الردة إلى الرده ثانيا وثالثا فكذلك يفعـل به فى كل مرة فإذا أسلم خلى سبيله – وقد ورد فى بعض كتب الفقه إذا ارتد أربعـا لم تقبل توبته بعد المرة الثالثة ولكن يقتل[1] وبهذا نلتمس مدي تشديد العقاب فـى حالـة العـود بالنـسبة لما سبق ذكره من أمثلة بالمعني المفهوم فى التشريع الوضعى.

كمـا نـستطيع أن نلـتمس أيضاً وجود الظروف الخاصة المشددة فى الفقه الإسـلامي ففى مجال الحدود مثلا فمن زني بذات محرم تشدد عليه العقوبة لتصل إلى الرحم [1] "صفة خاصة فى الجانى"

وفى مجال القصاص مثلا فى حالة القتل غيلة [2] وكذا فى حالة تغليظ الدية حيث تغلظ بثلاث أشياء إذا قتل فى الحرم والشهور الحرم وإذا قتل محرماً وقد نص أحمد رحمه الله على التغليظ على من قتل محرماً فى الحرم وفى الشهر الحرام فأما من قتل ذا رحم محرم فقال أبو بكر تغلظ ديته وقال القاضى طاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ وقال أصحاب الشافعى تغلظ بالحرم والأشهر الحرم وذوي الرحم المحرم [3].

ومـن هذا نستنبط أن الشريعة الإسلامية قد عرفت نظام الظروف الخاصة سـواء فى الحدود "القتل فى حد الزنا عند توافر صفة خاصة فى الجاني ذي رحم" وكـذا فى القصاص فى حالة القتل غيلة " وحشية الوسائل " وفى الدية بتغليظها عند قتل ذي رحم محرم " صفة خاصة فى الجاني "

ومـن اطلاعنا على بعض العقوبات المقررة فى جرائم الحدود والقصاص والديـة والتعزيـر يمكننا استخلاص بعض الظروف الشخصية المشددة ففى جرائم الحـدود مثل صفة الزاني المحصن[4] وفى جرائم القصاص كالقتل غيلة حيث يكون الفاعل عاتيا ظالماً ويظهر قصده واضحا جليا خبيثا دنيئاً[5] وفى الديات حيث تغلظ الدية بثلاث أشياء إذا قتل فى الحرم والشهور الحرم أو إذا قتل محرماً[6].

---

(١) د/ احمد فتحى بهنسى ، نظريات فى الفقه الجنائى الإسلامى ، مرجع سابق ، ص١٦١.
(٢) ما تقدم من الرسالة صـ ٥٢ ، ٥٤ – د/ احمد فتحى بهنسى ، مرجع سابق ، ص١٦٤
(٣) ما تقدم من الرسالة صـ ٥٢ ، ٥٤ – د/ احمد فتحى بهنسى ، مرجع سابق ، ص١٦٤
(٤) الإمـام موفـق الدين أبى محمد عبد الله بن احمد بن محمود قدامه ، المغني ، مرجع سابق ، ص٤٩٩
(٥) ، (٥) ، (٦) راجع ما سبق من الرسالة صـ ٥٢ ، ٥٤ .

١١٧- التقدير الشخصي لهذا التقسيم :-

أولاً : بالنسبة إلى تقسيم الظروف المشددة إلى عامة وخاصة.

يعد هذا التقسيم من التقسيمات التشريعية الشائعة حيث ينص في القسم العام علـــى بعض الظروف العامة المشددة كما ينص على الظروف الخاصة المشددة في القـــسم الخاص عند معالجة كل جريمة على حدة وقد عرضنا فيما سبق لاوجه النقد التي قيلت بخصوص الظروف العامة المشددة وكذا الرد عليها (١) .

ويجـــدر بنا أن نشير في هذا المقام الى ضرورة وأهمية النص على بعض الظروف العامة المشددة ولا يصح الاقتصار على ظرف العود لأنه وإن كان ظرفا عاماً مشدداً إلا أن خطورة الفاعل التي تعتبر بمثابة عله التشديد ، ترجع الى ارتكاب جـــريمة أخرى خلاف الجريمة الجديدة التي تشدد عقوبتها(٢) فوجود طائفة الظروف العامة المشددة في أي تشريع توضح مسلك المشرع أو سياسته التشريعية التي يتبعها وتسهل على القضاء القيام بمهمته. فارتكاب الجريمة بطريقة وحشية تعتبر بلا مراء ظـــرفا عاماً مشدداً ، وينطبق هذا أيضا على ارتكاب الجريمة بانتهاز فرصة عجز المجني عليه من المقاومة وفي ظروف يتعذر معها على الغير الدفاع عنه ، فاعتبار الظروف المتقدمة من الظروف العامة المشددة يتطلب من المشرع النص عليها لكي تـــسرى على جميع الجرائم وبالنسبة لجميع المتهمين إلا ما يري استثناءه منها (٣) ، ومع أن مشروع قانون العقوبات لسنة ١٩٥٩ قد تضمن النص في المادة (١٥٥) منه على اعتبار كل حالة من حالات ارتكاب الجريمة لبواعث دنيئة، وارتكابها لتسهيل

---

(١) راجع ما تقدم من الرسالة ص

(٢) وقـــد ذهـــب بعض الفقه الفرنسي الى القول بانه يوجد بجانب ذوي السوابق المحترفين ذوي ســـوابق بالصدفة ويعتبروا – أقل إجراماً من المجرمين المبتدئين وان انتهاج المشرع لسياسة التشديد بالنسبة الى العود لم يقف حائلا فيما بينهما " المجرمين المحترفين " وبين الجريمة ففي أخر احصائية صدرت بخصوص الأحكام الصادرة عام ١٩٧٨ تبين منها في مجال الجنايات تـــم إحـــصاء ١٠٩٨ جاني مبتدء و ١٠٨٢ من ذوي السوابق ، وفي مجال الجنح تم احصاء ٢٧٩٦٣٩ مجـــرم مبتدء و ١٥٩٨٩٨ من ذوي السوابق ، وفي مجال المخالفات من الدرجة الخامـــسة تم احصاء ٨٧٤٢٩ مجرم مبتدء و ٢٧٠٣٣ من ذوي السوابق ، ويذهب أصحاب هـــذا الـــرأي بـــأن الـــسبب الأساســـي فـــي هـــذا تطبـــيق فكـــرة التـــشديد ... مشار اليه Jeandidier , op, cit, No 422 P. 471-

(٣) راجع أمثلة هذه التشريعات ص٦٤ من الرسالة.

ارتكاب جريمة أخرى ، وارتكابها بانتهاز فرصة ضعف المجني عليه عن المقاومة وفـــي ظروف لا تمكن الغير من الدفاع عنه ، واستخدام طرق وحشية فى ارتكاب الجريمة أو التمثيل بالمجني عليه ظرفا عاماً مشدداً إلا أن المشرع الوضعى لم يشأ حتـــى الآن إصـــدار هذا المشروع ولم يقدم على تعديل القانون المطبق حالياً حتى يشمل هذا النص[1] .

والـــرأي عندنا كما سبق وأن أشرنا إلى أنه يتعين النص فى القسم العام من قانـــون العقوبات على بعض الظروف العامة المشددة شريطة عدم التوسع فى ذلك وأن الأمـــر لا يقتـــصر علـــى ظرف العـــود فقط مـــع جعل التشديد بالنسبـــة له جوازياً مستعينا فى هذا بنصوص تشريعية موضحة حالات التشديد.

ثانيا : بالنسبة الى تقسيم الظروف المشددة إلى شخصية وموضوعية :

إن مـــوقف التشريعـــات من تقسيـــم الظـــروف المشـــددة إلى شخصية وموضوعية مختلف فاولاها البعض - كالتشريع الإيطالى مثـــلا- [2] عنايـــة كبيرة فـــى حـــين اكتفـــى الـــبعـــض بالنص علـــى أن الظـــروف المشددة تنقسم الى

---

(١) د/ عبد الفتاح الصيفى ، قانون العقوبات " القسم الخاص " دار المعارف ، ١٩٦٧ ، ص٢١٠ - د/ ماجـــدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص٤٣٧ - د/ عادل عازر ، مرجع سابق ، ص ٣٩٢ .

(٢) اهتم التشريع الإيطالى بتنظيم الظروف المشددة فنص فى المادة ٦١ منه على الظروف العامة المشددة التى تطبق عند عدم وجود ظروف مشددة خاصة أخرى ، كما نص فى المادة (٧٠) على أن الظروف المشددة تنقسم الى

١. الظـــروف الموضوعية وهي التى تتعلق بطبيعة ارتكاب الفعل ونوعه وأساليبه وزمن ارتكابه ووسائله ومكانه وخطورة الضرر أو الخطر أو بالأحرى الأحوال والصفات الشخصية للمجني علـــيه . ٢. الظروف الشخصية وهي التى تتعلق بشدة القصد أو وجه الخطأ أو الأحوال أو الصفات الشخصية للفاعل أو العلاقات بين الفاعل والمجني عليه متى اتصلت بشخص الفاعل. وبالإضـــافة الـــى هـــذين النصين هناك نص المادة ٩٢ والمادة ١١٢ وكلها تشير الى وجود ظـــروف عامة مشددة. هذا الى جانب الظروف الخاصة المشددة المنصوص عليها فى القسم الخـــاص... مشار اليه - د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص٤٠٤ - د/ محمد هشام احمد ، مرجع سابق ، ص١١٠.

موضـــوعية وظـــروف شخـــصية كالتشريع المغربى مثلا[١] فى حين أن التشريع المصرى سكت تماماً.

ونحـــن من جانبنا نري أنه لابد من أن ينص على هذه الظروف فى صلب التـــشريع لأن التشريعات التى جاءت خلواً من مثل هذه النصوص قاصرة وتحتاج الى تعديل هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى لابد أن نذكر التقسيم الخاص بالظروف المزدوجة " المختلطة " وهي التى تتعلق بالمجرم والجريمة فى وقت واحد.

ونحن من جانبنا لا نقر هذا التقسيم لأنه من العسير تصور ظرف يتصل فى وقـــت واحد بالفعـــل المادي وشخص المجرم لأن لكل من الأمرين كيانه وطبيعته وإنه بتعديل النصوص التشريعية ووضع مواد خاصة بالظروف وتقسيماتها لا نكون فى حاجة إلى وجود ما يسمى بالظروف المزدوجة [٢] .

---

(١) عـــالج المـــشرع المغربى تقسيمات الظروف المشددة فى الفصل ١٥٢ فنص على أن تشديد العقوبة المقررة فى القانون بالنسبة لبعض الجرائم ينتج عن ظروف متعلقة بارتكاب الجريمة أو بإجـــرام المـــتهم ، أمـــا الفصل ١٣٠ فنص على أن " المشارك فى جناية أو جنحة يعاقب بالعقـــوبة المقـــررة لهذه الجناية أو الجنحة .. ولا تؤثر الظروف الشخصية التى ينتج عنها التـــشديد ... أمـــا الظروف العينية المتعلقة بالجريمة والتى تغلظ العقوبة... " القانون الجنائى للملكة المغربية ١٩٦٣ .

(٢) راجع ما تقدم من الرسالة ص٦٧.

المطلب الثاني
موضع الإكــراه من هـذا التقسيـم

١١٨ـ تمهيـــــد :ـ

أن الحدود التى تحكم تشديد العقوبة ترجع إما إلى خطورة الجريمة المرتكبة وإمــا الــى خطــورة شخصية الجاني وتتمثل خطورة الجريمة فى سهولة ارتكابها وجسامة الضرر المترتب على وقوعها وأهمية موضوعها (١) .

فــى حين تتمثل خطورة الجانى فى خيانته للثقة التى وضعت فيه أو إساءة اســتخدامه للسلطة التى خولت له أو إخلاله بالواجب الذي التزم به وكذا فى إرادته الإجرامية وجسامة خطئه (٢).

---

(١) سهولة ارتكاب الجريمة تزيد بالقطع من خطورتها ونضرب لذلك مثلا فإعمالاً لنص المادة ٣١٨ ع تعاقــب على السرقة البسيطة بالحبس مع الشغل مدة لا تتجاوز سنتين لانها لا تمثل خطورة كبيرة فى نظــر المشرع ولكن حين يلجأ الجاني الى استخدام وسائل تجعل ارتكاب الجريمة سهلاً يعتمد الشارع على تشديد العقوبة المادة ٣١٧ ع مصري حيث تخضع العقوبة الى الحبس مع الشغل والمادة ٣١٤ ع حــيث تــنص على تشديد عقوبة السارق فتصل الى الاشغال الشاقة المؤقتة إذا استخدم إكراه. وعلة التشديد أن السرقة التى ترتكب بالإكراه تتضمن اعتداء على شخص المجني عليه الى جانب ما ينطوي عليه من العدوان على ما له بالإضافة الى ان الإكراه يكشف عن خطورة كبيرة تنطوي عليها شخص السارق ...د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص٩١١

- وجــسامة الــضرر : ولا شك يقابله تشديد العقوبة مثال ذلك جريمة الحريق العمد حيث تنص المادة ٢٥٢ على كل من وضع عمداً ناراً فى مباني كائنة فى المدن أو الضواحي ... " يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد وتغلظ العقوبة الى الإعدام إذا ترتب على الحريق موت شخص أو أكثر حسب نص المادة ٢٥٧ ع مصري.

(٢) ومــن ضــوابط التشديد بحسب خطورة الجانى خيانة الجاني للثقة التى وضعت فيه ... مثل ما نصت عليه المادة ١١٢/ ١ ، ٢ ع حيث تشدد العقوبة لارتكاب جريمة الاختلاس للمال العام إذا كان مرتكبها مــن مأمــوري التحصيل أو المندوبين له أو الأمناء على الودائع أو الصيارفة وسلم اليه المال بصفته هــذه. وكــذا من واقع أنثي بغير رضائها يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو...... يعاقب بالسجن المؤبد .

ومــن أمــثلة خطورة إرادة الجاني ما نصت عليه المادة ٢٣٤ من تشريعنا العقابى حيث نصت على توقــيع عقــوبة الــسجن المؤبد أو السجن المشدد لارتكاب جريمة القتل العادية أما إذا سبق وقوعها إصــرارا أو تصميم فالمشرع يرفع العقوبة ، أما جسامة خطأ الجاني فخير مثال عليه ما نصت عليه المادة ٢٣٨/١ ع. والخاصة بجريمة القتل الخطأ على معاقبة من تسبب خطأ فى موت شخص آخر إذا كان ذلك ناشئا عن إهماله ورعونته وعدم احترازه... بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة ـــ أو بإحدي هاتين العقوبتين وتشدد العقوبة فى الفقرة الثانية من هذه المادة ليصبح الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على خمس سنوات وغرامة ... أو بإحدي هاتين العقوبتين إذا وقعت هذه الجريمة نتيجة إخــلال الجانــي إخلالا جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو حرفته ... د/ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص٤٥٤ .

ومــن الظــروف المشددة التى لها أهمية خاصة والتى ترجع الى خطورة الجريمة المرتكبة ظرف الإكراه ففى أغلب الأحوال يلجأ الجاني الى استعمال العنف مع المجني عليه لتعطيل مقاومته أو إعدامها حتى يسهل عليه ارتكاب الجريمة (١).

وعليه تنحصر دراستنا فى هذا المطلب فى بيان صور تشديد العقوبة للإكراه فى التشريعات الجنائية المختلفة .

١١٩ـ (أولا) التشريعات العربية :ـ

١. التشريــع المصــري :

تقــضى المــادة – ٣١٤ بتشديد عقوبة السرقة إذا وقعت بالإكراه فإذا ترك الإكــراه أثر جروح تكون العقوبة بالسجن المؤبد أو المشدد – وتقضى المادة ٣١٥ ثانــيا ، ثالــثا ... إذا وقعت السرقة من شخصين فأكثر بطريق الإكراه – إذا وقعت الــسرقة ولــو من شخص واحد يحمل سلاحاً وكان ذلك ليلاً أو بطريق الإكراه أو التهديد باستعمال السلاح.

كمــا تنص المادة ٣١٦ مكرر (٢) يعاقب بالسجن المشدد على السرقات التى تقع على أسلحة الجيش أو ذخيرته وتكون العقوبة السجن المؤبد إذا ارتكب الجريمة بطــريق الإكراه أو التهديد باستعمال السلاح أو إذا توافر فيها ظرف من الظروف المشددة المنصوص عليها بالمادة ٣١٧ .

كما تنص المادة ٢/٢٦٨ من قانون العقوبات (٣) على ظرفين مشددين لعقوبة هــتك العرض بالقوة او التهديد هما ، أن تقع جريمة هتك العرض بالقوة او التهديد علــى مجنى عليه لم يبلغ من العمر ست عشرة سنة كاملة او أن يكون مرتكبها من نص عليهم فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ " ...... وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة المذكورة لم يبلغ ست عشرة سنة كاملة أو كان مرتكبها من نص عنهم فى

---

(١) يقصد ١٩٠١/١٢/٢٨ ، المجموعة الرسمية ، س٣ ، رقم ٨١ ص٢١٥ ، ١٩٦٢/١١/٢٦ ، مجموعة أحكام النقض ، س٥٣ ، رقم ١٨٨ ، ص٧٧ ، ١٩٨٠/٣/١٦ ، س٣١ ، رقم ٧١ ، ص٣٨٤.

(٢) قانــون العقــوبات المــصرى مضافة بق رقم ٤٢٤ لسنة ١٩٥٤ والمعدلة بق رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣.

(٣) قانون العقوبات المصرى معدلتان بالقانون رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣

الفقــرة الثانــية مــن المادة ٢٦٧ يجوز ابلاغ مدة العقوبة الى اقصى الحد المقرر بالــسجن المشدد ، وإذا اجتمع هذان الشرطان معا بحكم السجن المؤبد " هذا ونص المشرع على نوعين من الظرف يؤديان إلى تشديد عقوبة الاغتصاب ، النوع الأول يــتعلق بــصفة مرتكب جريمة الاغتصاب ، والنوع الثاني يتعلق بظروف ارتكاب جــريمة الاغتــصاب – فنــصت المادة ٢٦٧-عقوبات" ...... فإن كان الفاعل من أصــول المجنى عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظاتها أو من لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالاجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن المشدد"

وتــنص المادة ٢٩٠ عقوبات [١] على أن " كل من خطف بالتحايل أو الإكراه أنثى بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالسجن المؤبد ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية بالإعدام إذا اقترنت بها جناية مواقعة المخطوفة بغير رضاها. "

٢. قانون العقوبات السوداني :-

تقــضى المــادة ٧٨ منه " كل من يرتكب جريمة السرقة بعد إعداد العدة لتسبيب المــوت أو الأذي لأي شخص أو حجزه أو ليبعث فى نفسه الخوف من الموت أو الأذي أو الحجــز وكــان ذلك لارتكاب تلك السرقة أو للتمكن من الهرب بعد ارتكابها أو للاحتفاظ بالمــال المسروق ، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات كما تجوز معاقبته بالغرامة أيــضا وهذه المادة تقابل المواد ٢٩٨ ع قديم ، ٣٢٤ من القانون السابق، ٣٨٢ ع هندي ، ٢٩٠ ع شمال نيجريا ، ٢٢٠ ع قطر[٢].

---

(١) مستبدلة بموجب القانون ٢١٤ لسنة ١٩٨٠

(٢) أمــثلة (أ) عمــرو يسرق مالاً فى حيازة زيد وفى أثناء ارتكاب السرقة يكون واضعاً تحت ملابــسة ســلاحاً زود به نفسه لغرض إيذاء زيد لو قاومه زيد. فى هذه الحالة يكون عمرو ارتكب الجريمة المنصوص عليها فى هذه المادة.

ب) عمــرو يفــشل ما فى جيب زيد بعد ان يكون قد اوقف عدد من زملائه على مقربة حتى يحجزوا زيد إذا ما شعر بما يحدث وقاوم عمرو أو حاول القبض عليه. فى هذه الحالة يكون عمرو قد ارتكب الجريمة المنصوص عليها فى هذه المادة ... د/ محمد محى الدين عوض « قانــون العقــوبات السوداني " معلقا على نصوصها " ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٩ ، بند ٣٢٤ ، ص٦٤١.

٣. **قانون العقوبات العراقى :**

تـنص المـادة ٦٢٢ علـى تشديد عقوبة السرقة إذا وقعت باستجماع عدة ظروف منها تهديد السارقين أو أحدهم بالسلاح أو باستخدام أحد ضروب العنف ضد الأشخاص وتعطى المادة ٦٢٣ على تشديد عقوبة السرقة التى تقع فى الطريق العام أو فـى القطـار الحديدى إذا هدد السارقون أحدهم بالسلاح او باستخدام ضرب من ضروب العنف ضد الأشخاص(١).

٤. **قانون العقوبات الأردني :**

تقضى المواد ٤٠٠ ، ٤٠١ ، ٢/٤٠٢ على تشديد عقوبة السرقة المستجمعة لأكثـر مـن ظرف منها أن استخدام أحد ضروب العنف ضد الاشخاص إما لتهيئة الجناية أو تسهيلها وإما لتأمين هرب الفاعلين أو الاستيلاء على المال المسروق (٢).

٥. **قانون العقوبات الكويتى :**

تقضى المادة – ٢٧٧ على تشديد عقوبة السرقة مع اجتماع أكثر من ظرف مـنها ارتكـاب السرقة بطريق الإكراه. وكذلك تقضى المادة – ٢٥٥ بتشديد عقوبة الـسرقة باسـتعمال العنف او التهديد باستعماله ضد الاشخاص للتغلب على مقاومة المجنـي علـيه او غيره ، سواء أكان العنف او التهديد باستخدامه قبل ارتكاب فعل الاخـتلاس بقـصد التمهيد له أم كان أثنائه بقصد إتمامه ، أم كان بعد إتمامه بقصد الفرار بالمسروقات أو الاحتفاظ بها (٣).

ثانيا : التشريعات المقارنة :-

مـن قانون العقوبات النمساوي (٤) تقضى المادة ١٣١ بتشديد العقوبة على الـسرقة إذا وقعت بإكراه أو باستخدام القوة أو التهديد بوقوع خطر حال يتعرض له الجـسم أو الحـياة لكى يضمن الجاني المحافظة على نفسه أو على شخص آخر أو على الشئ المسروق.

---

(١) قانون العقوبات العراقى ١٩٦٩.

(٢) قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠

(٣) قانون العقوبات الكويتى المعدل بق ٣١ لسنة ١٩٧٠

(4) Code pénalé d'Autrich, Loi federal du 23 janvierl 74, BGBL N. 60/1974

من قانون العقوبات السويسري [1] تقضى المادة ١٣٩ بتشديد عقوبة السرقة إذا ارتكب بإكراه وفى قانون العقوبات الفرنسى [2] تنص المادة ٣٨٢/٤ على تشديد العقـوبة المقررة لجريمة السرقة باجتماع ثلاث ظروف مشددة منها استخدام العنف أما قانون العقوبات الإيطالى [3] فتنص المادة ٣٤١ على تشديد عقوبة الجرائم التى ترتكب ضد السلطة العامة إذا استخدم الإكراه أو مجرد التهديد. وبمقتضى نصوص المـواد (٥٣١ الـى ٥٣٦) يعـد الإكراه ظرفاً مشدداً للجرائم التى ترتكب ضد الأخلاق العامة.

وتشدد عقوبة السرقة وفقا لنص المادتين (٥٩٤ ، ٥٩٥) إذا استخدم الفاعل العنف على أحد الأشياء.

---

(1) Panl lagoz. Commentaire du code pénal suisse partie speciale. 1955

(2) Pelletier (H). Pereetti (J), code pénal, litec 2000, P, 693

(٣) وقد تعدلت عقوبات تلك الجرائم بمقتضى القانون رقم ٧٥ الصادر فى ٢٠ فبراير ١٩٥٨ - ... د/ ماجدة فؤاد محمود ، مرجع سابق ، ص٥٣٨.

الفصل الثالث
طبيعة ظرف الإكراه

١٢٠- تمهيد وتقسيم :-

أوضحنا سلفاً أن الظروف المشددة تنقسم من حيث طبيعتها إلى ظروف شخصية مشددة وظروف عينية مشددة وقلنا أن الأولى تتعلق بالركن الشخصي فى الجريمة وتتعلق الثانية بالركن المادي ويعد ظرف الإكراه فى السرقة ظرف عينى متعلق بالركن المادي للجريمة لأنه وسيلة يستخدمها الجاني إما لتسهيل ارتكاب الجريمة أو لإتمامها (١) .

ولتوضيح طبيعة الإكراه وأثره على العقوبة نتناول نص المادة - ٣١٤ عقوبات بشئ من التفصيل حيث أن علة التشديد تكون واضحة وضوحاً جليا بل إن ظرف الإكراه يعتبر من أشد الظروف المشددة خطراً على الأشخاص والأموال وعلى المجتمع ونظمه (٢) .

---

(١) يلاحظ ان تعديل قانون العقوبات الفرنسى لعام ١٩٨١ قد جعل الإكراه ظرفا مشددا إلا انه لم يخرج السرقة من مصاف الجنح خلافا لما كان عليه الأمر فيما سبق ، ما لم يترتب على الإكراه عدم قدرة المجني عليه تماماً عن أداء أعماله الشخصية لمدة تزيد على ثماني أيام - ٣٨٤ عقوبات فرنسى.

وتنص المادة - ٣١١ - ٥ عقوبات فرنسى جديد " السرقة تشدد عقوبتها إذا ارتكبت بواسطة عنف واقع على الغير أدي الى عدم القدرة على العمل لمدة " ثماني أيام ".

وتنص المادة ٣١١ - ٦ جديد " السرقة تشدد عقوبتها إذا كانت مصاحبة او ملحقة بعنف على الغير أدي الى عدم القدرة على العمل أكثر من ثماني أيام "

Desportes et leGunehec, le nouveau Droit penal, Economica, 2000, t. 1, droit pénal général, P. 67.

د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، ط٣ ، مرجع سابق ، ص٨٥٦ - د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص٩١١ - د/ عوض محمد ، جرائم الأشخاص والأموال ، بدون جهة نشر وتاريخ ، بند ٢١٦ ، ص٣١٤

(٢) يقول الأستاذ جارسون أن أسباب الأمن العام فى بلد ما يقاس بعدد ما يرتكب فيه من جنايات السرقة بالإكراه (Garçon, art, 381, 386, No7) ... ومشار اليه د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص٨٥٦ ... السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص٦٩ .

والتشديد هنا مرجعه إلى أن السرقة التى تقترن بهذا الظرف المشدد تتضمن إعــتداء على النفس فضلا عن الاعتداء على المال والإعتداء على النفس مقصود به إرغـام صـاحبها على الإستسلام كرها عنه وغل يده عن المقاومة فى الوقت الذي يـشير الـيه هذا الإعتداء إلى صدوره من نفسية آثمه خطيرة (1) ويشترط - لتحقق الظرف المشدد – توافر شروط معينة سنتناولها من خلال المباحث الاتية :–

المبحث الأول : أن يقع الإكراه على شخص .

المبحث الثانى : أن يقع الإكراه بقصد ارتكاب الجريمة .

المبحث الثالث : أن يكون الإكراه مصاحبا لإرتكاب الجريمة .

المبحث الرابع : أثر الإكراه فى العقوبة .

---

(1) د/ محمد محى الدين عوض ، قانون العقوبات السوداني ، مرجع سابق ، ص٦٤٢ – د/ عبد الحميد الشوربى ، مرجع سابق ، ص١١٧.

المبحث الأول
أن يقع الإكراه على شخص

١٢١ـ محل الإكراه إنسان:

وهذا الشرط مستمد من علة التشديد فإذا كان الشارع يشدد العقاب لأن فعل السارق يتضمن إعتداء على الأشخاص إلى جانب ما ينطوي عليه من إعتداء على الأموال فإن هذه العلة لا تتحقق إلا إذا وقع الإكراه على إنسان فهو الكائن ذو الإرادة التى تصلح لأن يكون محل تأثير يشلها أو يضعفها إذا ما وقع الإكراه عليها فإذا وقع الفعل على الحيوان أو الجماد فلا يتوافر ظرف الإكراه ، فقتل كلب أثناء سرقة المجني عليه أو طعن ماشيته بسكين أثناء سرقتها أو تحطيم منزل باب المجني عليه أو خزانته كل هذه الأفعال لا تكون ظرف الإكراه فى جريمة السرقة (١) .

١٢٢ـ لا يشترط أن يكون المكره هو المجنى عليه :

الأصل أن يقع الإكراه على المجنى عليه ، أو هو الذى يدافع عن ماله ، ولكن الظرف المشدد يتحقق كذلك إذا وقع الإكراه على أى شخص قاوم تنفيذ السرقة أو اعتقد السارق أنه سيقاوم تنفيذه (٢) ويتعين أن يكون هذا الشخص عالم بوقوع السرقة حتى يكون لإعتقاد السارق باحتمال المقاومة ما يبرره من حيث الواقع : فإذا اعتدي السارق على شخص حاول القبض عليه لمجرد أنه رآه يجري دون أن يكون

---

(١) نقض ٩٣/٢/١٧ ، احكام النقض ، س ٤٤ ، رقم ٢٥ ، ص ٢٠١ . محكمة الاستئناف ٢/٣/ ١٩١٠ ، المجموعة الرسمية ، س١٢ ، رقم ٢٦ ، ص٤٩ – د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، بند ١٢٤٤ ، ص٩١٣ – د/ حسن صادق المرصفاوي ، قانون العقوبات " القسم الخاص " ، منشاة المعارف ١٩٧٨ ، ص٣٢٤ – د/ عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق ، ص١٣٢.

(٢) ١٩١٩/٩/٣٠ ، المجموعة الرسمية ، س٢١ ، رقم ٢٧ ، ص٤٧ – ١٩٦٧/١٢/١٨م ، مجموعة أحكام النقض ، س١٨ ، رقم ٢٧٢ ، ١٢٧٧

عالماً بارتكابه سرقة فلا تقوم بذلك الظرف المشدد[1] ويشترط لاعتبار الفعل إكراها أن يكــون على أية درجة من الجسامة وأن يجعل حياة المعتدي عليه في خطر وقد ورد لفــظ " الإكراه " مرسلاً والدليل على ذلك أنه اعتبر الإكراه الخطير الذي يترك أثــر جــروح مقتضياً مزيداً من تشديد العقاب مما يفهم منه أن مطلق الإكراه كاف للتشديد في درجته الأولى.

---

(١) نقــض ١٩٢٨/٣/٢٨ ، المجموعة الرسمية ، س٢٣ ، رقم ٢٥ ص٤١ ويلاحظ أن ما ذهبت الــيه محكمــة النقض بصدد هذا الحكم من القول بانه يشترط حتى يتحقق ظرف الإكراه أن يكون من أتى لإغاثة المجني عليه ثم شاهد الجاني وهو يلوز بالفرار فحاول إمساكه ان يكون عالمــا بمــا وقع على المجني عليه وبما ارتكبه الجاني أما إذا كانت محاولته إمساك الجاني ومــنعه مــن الفرار لمجرد سماعه استغاثة المجني عليه ثم اعتدي الجاني على هذا الشخص ليتمكن من الفرار فلا يتوافر ظرف الإكراه.

- وهــذا الحكــم محــل نظر – ذلك لأن عله التشديد في هذه الحالة تتكون من شطرين يتوافر أحدهما بتحقق الظرف المشدد – الشطر الأول منها مضمونه ما تنطوي عليه شخصية الجاني مــن نفسية شريرة آثمة مستهترة تتخذ من الإكراه وسيلة لتنفيذ مآربها غير المشروعة - أما الــشطر الثاني منها فيتضمن ما تبعثه هذه النفسية الشريرة من رعب وفزع يؤدي الى اذعان واســتلام المجنــي عليه فإذا ما تحقق أحد شطري عله التشديد – توافر ظرف الإكراه – هذا بشرط أن يكون الجاني قد اعتدى على من حاول منعه من الفرار وهو يحمل المسروقات معه أمــا إذا كان قد تخلى عنها فلا يتحقق الظرف المشدد ... السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص٧١.

- ويــضيف جانب آخر من الفقه نؤيده – القول بأن القصد الجنائي في جريمة السرقة يقتضي علم الجاني بعناصر الجريمة وبانه يرتكب افعال الإكراه بقصد تسهيل ارتكاب جريمة السرقة أو اتمامهــا، ومتــى توافــر القــصد الجنائي على هذا النحو لدي الجاني فإن هذا يكفي لقيام مــسئوليته عن السرقة بإكراه . ومن ثم فلا اهمية لما إذا كان الغير الواقع عليه افعال الإكراه عالماً بوقوع السرقة أم لا يعلم بوقوعها لأن علمه ليس من ضمن عناصر القصد الجنائي في الــسرقة ... د/ إبــراهيم حامــد طنطاوي ، المسئولية الجنائية عن جنايات السرقة والجرائم الملحقة بالسرقة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، بند ١٤ ، ص١٣

وتطبيقا لهذا جري قضاء النقض أنه لا يشترط لتوافر ظرف الإكراه أن يلحق بالمجني عليه أذي بليغا إذ أن أية درجة من درجات العنف تكفى لتوافر الظرف المشدد حتى ولو لم يترك الإكراه آثر جروح. فإذا ثبت الحكم أن المتهم دفع المجني عليه فوقع على الأرض وتمكن بذلك من الاستيلاء على المسروق ، فتطبيق الفقرة الأولى من المادة – ٣١٤ع على الواقعة صحيح – أما اشتراط تخلف إصابات بمن وقع عليه الإكراه فإنه لا يلزم قانونا إلا فى الأحوال التى تغلظ فيها العقاب طبقا للفقرة الثانية من المادة المذكورة [١] كما قضت فى حكم آخر لها أن الإمساك بيد المجني عليه وكم فمه كى لا يستغيث محققا للإكراه [٢] وكذا تقييد الجاني للمجني عليه بحبل لمنعه من مقاومة السرقة التى شرع فى ارتكابها [٣] وإمساك أحد المتهمين بذراع المجني عليه وضغطه عليه ريثما يتمكن المتهم الآخر من إدخال يده فى جيبه وإخراج ما به من النقود ... محققا للإكراه[٤] وإنه يعد من الإكراه إعطاء مواد مخدرة للمجني عليه تفقده شعوره تسهيلا للسرقة ، لأن إعطاء المواد المخدرة

---

(١) ١٩٣٩/١٠/٣٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، حـ٤، رقم ٤٤٢ ، ص٥٩١ – نقض ١٩٧٧/٥/٨ ، مجموعة أحكام النقض ، س٢٨ ، رقم ١١٦ ، ص٥٤٧ – نقض ٩٣/٤/١٧ ، س ٤٤ ، رقم ٢٥ ، ص ٢٠١ .

- وقد قضى إذا تنبهت المجني عليها عند اختطاف حقيبة يدها فقاومت الجاني ولكنه تغلب عليها واخذ الحقيبة وهرب ... تحقق الإكراه نقض ١٩٢٩/١٠/١٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، حـ١ ، رقم ٢٨٧ ، ص٣٤٦.
- ودفع المجني عليه أيضا بمعرفة من اعتزم سرقته حتى يتمكن من ارتكاب جريمته ... محققا للإكراه .

- Paris, 12 ch. 6 Juin 1988, juris – Data, No. 25168.

(٢) نقض ١٩٧٧/٥/٨ ، أحكام النقض ، س٢٨ ، رقم ١١٦ ، ص٥٤٧ – نقض ٩١/٥/١٢ ، س ٤٢ ، رقم ١١٢ ، ص ٧٨٦

(٣) Paris, qch. 30 Juin 1986, juris Data, No. 27028.

(٤) نقض ١٩٣٧/١٢/١٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، حـ٤ ، رقم ١٢١ ، ص١٠٩ – ١٩٤٥/٣/٥ ، حـ٦ ، رقم٥٥١ ، ص٦٥٨ – نقض ٩٤/٣/١٩ ، احكان النقض ، س ٤٥ ، رقم ٨٨ ، ص ٥٤١ .

هــو من الوسائل القسرية التى تعطل أو تعدم قوة المقاومة عند المجني عليه وتمكن الفاعل من ارتكاب السرقة [1].

أما السرقة من نائم فلا تعد سرقة بإكراه لأن السارق لم يقم بأي عمل يعدم بــه مقاومــة المجنـــي عليه وفى هذا تختلف السرقة عن هتك العرض حيث يعتبر الإكــراه متوافرا فيه بنوم المجني عليه ، وذلك لاختلاف طبيعة الجريمة في كل من الحالتــين ، فالإكراه فى السرقة يتطلب اعتداء على الجسم ومجرد النوم لا يتضمن هذا الإعتداء أما الإكراه فى هتك العرض فلا يتطلب سوى عدم رضا المجني عليه بالفعل المادي وكذا لا يعد إكراها مجرد وقوف الجاني بجانب المجني عليه وهو نائم ولــو كـــان ذلك أثناء السرقة لتعطيل مقاومته إذا ما استيقظ ، وذلك لاحتمال عدول الســارق عــن الإكراه او هروبه إذا ما استيقظ المجني عليه بالفعل [2] - ولقد ذكر بعض رجال الفقه ان جذب قرط من أذن فتاة بعنف يكون جريمة سرقة بالإكراه [3].

ونحــن مــن جانبــنا نذهب مع بعض الفقه إلى أن الأصل فى الإكراه هو استعمال القوة القسرية التى تؤثر على إرادة المكره فتشل أو تضعف مقاومته بعد أن تتــبهت لديه ، وفى الصورة الراهنة مادام الجذب كان مفاجأة ولم تتنبه قوة المقاومة لــدي المجنـــي عليها لا يقوم ظرف الإكراه. ولا يؤثر فى هذا كون الفعل قد ترتب علــيه جرح كما إذا تمزقت أذن الفتاة ، وإنما تنطوي الجريمة تحت وصف السرقة البــسيطة والإصابة العمدية أي المادتين ٣١٨ ، ٢٤٢ عقوبات وهذا ما انتهينا اليه يؤيده ما سبق وما سطر بالفقرة السابقة من أن السرقة من شخص نائم لا تعد سرقة بإكراه[4] .

---

(١) نقض ١٩١٢/٥/٢٥ ، المجموعة الرسمية ، س٦ ، رقم ٢٧٢ ص١٥٠ - وإذا كان الحكم قد اســتخلص من التقرير الطبي ان السكران هو نبات غني بالاتروبين وانه يستعمل فى التخدير بقــصد السرقة وان مفعوله يؤدي الى تخدير الجهاز العصبى وان التأثير الذي يحدثه هو شلل أطــراف الأعصاب وان المتهم وضع المادة وهو عالم بتأثيرها فى شراب تناوله المجني عليه وان هدفــه مــن ذلــك هو تعطيل مقاومتها حتى يتمكن من ارتكاب السرقة فإن الإكراه الذي يتطلــبه القانون يكون متحققا - نقض ١٩٦٧/١٢/٤ ، أحكام النقض ، س١٨ ، رقم ٢٥٧ ، ص١٢١٨ - وقــضى فــى فرنسا بتوافر الإكراه المادي عندما قام المتهم بالسرقة برش غاز مسيل للدموع Gaz Lacrymogéne على وجه المجني عليه لكي يتمكن من ارتكاب جريمة.
Paris, 10 ch. 25 Juin 1986, Juris – Data, No. 26374.

(٢) نقض ٩٧ /١٠/٤ ، احكام النقض ، س ٤٨ ، رقم ١٥٠ ، ص ١٠٩ - ٩٢/١١/٩ ، س ٤٣ ، رقــم ١٥٦ ، ص ١٠١٤ ، ... مشار اليه د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات "القــسم الخاص" ، مرجع سابق ، بند ١٢٤٧ ، ص٩١٦ - د/رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربى ، طــ٧ ، ١٩٧٨ ، ص٣٩٥ - د/ عبد الحميد الشواربى ، مرجع سابق ، ص١٣٢.

(٣) د/أحمد فتحى سرور، مرجع سابق، ص ٧٧٣ - د/محمود مصطفى ، مرجع سابق،ص ٤١٤

(٤) نقض ١٩٩٣/٢/١٧ ، أحكام النقض ، س٤٤ ، ق٢٥ ، ص٢٠١
د/ حسن صادق المرصفاوى ، مرجع سابق ، ص٣٢٦ .

والــتهديد باستخدام سلاح صورة من صور الإكراه المعنوي. وقد كان ذلك مقتــضيا تقرير عدم كفايته ليقوم به الظرف المشدد ولكن محكمة النقض قضت بأنه وإن كـــان القانـــون لم ينص في المادة ٣١٤ عقوبات على التهديد باستعمال سلاح وعلـــى عـــده بمنزلة الإكراه كما فعل في بعض المواد الأخرى إلا إنه مادام التهديد باستعمال سلاح هو في ذاته ضرب من ضروب الإكراه لأن شأنه شأن الإكراه تماماً مـــن حـــيث إضعاف المقاومة وتسهيل السرقة ... فإن مفاد ذلك أن تعطيل مقاومة المجنـــي عليه كما يصح أن تكون بالوسائل المادية التي تقع على جسم المجني عليه يـــصح أيضا أن تكون بالتهديد باستعمال سلاح ، وفي إشارة المادة – ٣١٤ عقوبات الى الإكراه إطلاقا ما يكفي لأن يندمج في الإكراه كل وسيلة قسرية تستعمل لغل يد المجنـــي علـــيه عن المقاومة والحيلولة بينه وبين منع الجاني عن مقارفة جريمته ، ويستوي في الأداة المهدد بها أن تكون سلاحا بطبيعته أو بالتخصيص متى ثبت ان الجاني حملها عمداً لمناسبة السرقة ليشد بها أزره وليتخذ منها وسيلة لتعطيل مقاومة المجنـــي علـــيه في ارتكاب السرقة وهو ما يستخلصه قاضي الموضـــوع من أي دليـــل أو قرينـــة في الدعوى في حدود سلطته التقديرية [(١)].

(١) نقـــض ١٩٦٨/١٢/٣٠ ، أحكام النقض ، س١٩ ، رقم ٢٢٨ ، ص١١١٧ . طعن رقم ٢٢٥٩٨ لسنة ٦٧ ق جلسة ٩٩/١١/٣ (المستحدث من أول ٩٨/١٠) ، طعن رقم ٢٧١٢ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٣/ ٩٦/٥ – لم ينشر .

- د/رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢، ص٤٧٣ .
- د/ رؤوف عبـــيد ، مرجع سابق ، ص٣٩٦ – حيث قضي بانه يعد سرقة بإكراه رفع سكين في وجه زوجـــة المجنـــي عليه أثناء ارتكابها لمنعها من الاستغاثة وبانه لا يشترط ان يكون التهديد باستعمال ســـلاح بطبيعته بل يكفي التهديد باستعمال آداه من الأدوات العادية التي تصلح للاعتداء مثل فاس ، أو قـــضيب حديد أو نحوها...نقض ١٩٤٣/٣/٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـــ٦ ، رقم ١٣٦ ، ص ١٩٩ – نقـــض ١٩٤٣/٣/٢٩ ، رقـــم ١٤٩ ، ص٢١٧ – ١٩٦٨/١٢/٣٠ ، أحكام النقض ، س١٩ ، رقـــم ٢٢٨ ، ص١١١٧ – وقضي ايضا بأن التهديد باستعمال سلاح – بطبيعته أو بالتخصيص يتحقق بـــه الإكـــراه فـــي مجال المادة – ٣١٤ع. استخلاص ذلك موضوعي نقض ١٩٩٦/١٢/٢٣ ، أحكام النقض ، س٤٧ ، ق١٢٦ ، ص٨٦٨.
- راجع ما تقدم من الرسالة ص٥ – طعن رقم ١١٨٥ لسنة ٦١ ق جلسة ٢٠٠١/٤/٢٩ – لم ينشر
- وتنص المادة – ٣١٨ – عقوبات فرنسي جديد " السرقة تشدد عقوباتها إذا ارتكبت باستعمال سلاح او التهديد باستعماله سواء كان السلاح مرخص أو غير مرخص "
- وقضي في فرنسا بتحقق التهديد باستعمال سلاح إذا استخدم سكين في تهديد قائد سيارة مما اجبره على تركها.
- Cass- crim, 13 mai 1988, B, No 233.
- ويعتبر سلاح في حكم المادة – ٢٨٤ قديم السكين – ومسدسات الإنذار.
- Cass- Crim, 92 juin 1969, B, No 75.
- Cass crim, 20 juin 1978, B, No 203.
- ويستوي ان يكون السلاح الذي يحمله الجاني ظاهراً أو مخبأ.
- Cass crim, 11 juin 1986, B, No 202.

المبحث الثاني
أن يقع الإكراه بقصد ارتكاب الجريمة

١٢٣- توافر علاقة السببية بين الإكراه والسرقة :

لا يكفى أن يوجه الإكراه إلى إنسان وأن يكون مصاحبا لارتكاب السرقة بل يلزم بالإضافة إلى ذلك أن يقع الإكراه بقصد السرقة. ويكون الإكراه كذلك إذا قصد به تسهيل ارتكاب السرقة أو إتمامها. فيشترط أذن في جناية السرقة بإكراه أن يرتبط الإكراه بالسرقة بوحدة الغرض ويكون الحكم قاصراً إذا لم يستظهر هذا الارتباط [١]

فخطورة السارق لا تتحقق إلا إذا ثبت أنه قد استخدم وسيلة خطيرة فى تنفيذ السرقة واستخدام الوسيلة يعني جعلها جزءا من المشروع الإجرامى ، أي اتجاه القصد الى الاستعانة بها فى تنفيذ هذا المشروع [٢] وأوجه هذه الصلة متنوعة فقد يكون الإكراه لتهيئة السرقة ، كمن يضرب المجني عليه لإضعافه أو إرهابه أو يخدره وقد يكون الإكراه لتسهيل السرقة ، ويأتيه السارق أثناء ارتكابه فعل الاختلاس لتمكينه من إتمامه ، كمن يبدأ فى فعله فيصطدم بمقاومة المجني عليه فيضربه ليتمكن من الاستمرار فيه. وقد يكون الإكراه فى النهاية مقصوداً به تمكين السارق من ان يحوز الشئ حيازة تامة فيباشر عليه مظاهر السيطرة التى تعترضها الحيازة [٣].

---

(١) ١٩٤٨/١٢/٢١ مجموعة القواعد القانونية ، حـ٧ ، ق٧٣٩ ، ص٦٩٩ - ١٩٥٤/٥/١٨ ، أحكام النقض ، س٥ ، ق ٢٢٥ ، ص٦٧٤. - ١٩٩٨/٣/٧ ، س ٤٩ ، رقم ٥٠ ، ص ٣٨٥ - ٩٨/٤/١٨ ، س ٤٩ ، رقم ٧٢ ، ص ٥٤٨

(٢) نقض ٢٩/١٢/٢٧ ، حـ٦ ، رقم ١٨٧ ، ص٢٣٣ - ١٩٤٣/٢/٨ ، رقم ٩٦ ، ص١٣١ ، ١٩٣٨/٤/١٨ ، حـ٤ ، رقم ٢٠٥ ، ص٢١٨ - ٩٦/٤/١٤ ، احكام النقض ، س ٤٧ ، رقم ٧٣ ، ص ٥١٩ - ٩٦/٥/٢٣ ، رقم ٩٧ ، ص ٦٨٨ .

(٣) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات "القسم الخاص" ،مرجع سابق ، ص٩١٧ - د/ عبد المهيمن بكر ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، دار النهضة العربية ، ١٩٦٦ ، ص ٣٧٧ - د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص٣١٠.

وتنعدم الرابطة بين السرقة والإكراه المشدد لها إذا كان ما استخدم من عنف قـصد بــه ارتكاب جريمة أخرى. فإذا ضرب شخص آخر ضربة وقع على أثرها مغشيا عليه ثم طرأت له فكرة السرقة فأخذ ما بجيوب المجني عليه من نقود لا يعد ســارقاً بالإكــراه بل مرتكبا لجريمة سرقة وضرب[1] وكذلك أيضا إذا كان العنف المستخدم من قبل الجاني يقصد ارتكاب الإغتصاب ثم ارتكب الفاعل بعد ذلك سرقة من منزل من اغتصبها فإن السرقة لا تكون حاصلة بطريق الإكراه ، ويسأل الجاني عــن جريمة اغتصاب وسرقة وذات الشئ يقال إذا كان العنف المستخدم بعد وقوع السرقة بقصد الانتقام ولا يعد من الإكراه فى السرقة اعتداء أحد الجناة على شريكه فى السرقة لأنه أراد الإستئثار بالشئ المسروق[2].

واســتظهار الرابطة بين السرقة والإكراه يدخل فى سلطة قاضى الموضوع بغير معقب عليه فى ذلك مادام قد استخلصها واستخلص نيه السرقة مما يؤدي إليها فعلا [3] .

ومــن جمــاع ما تقدم يتبين أنه لكى يتوافر الظرف المشدد يجب أن تكون هــناك علاقة سببية بين فعل الإكراه وفعل السرقة وليست مجرد علاقة زمنية وأن تكون هناك جريمة سرقة يقترن بها هذا الظرف المشدد.

---

(١) د/ عبد العظيم مرسى وزير ، جرائم الأموال ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ ، س٩٦ ، ص ٢٣٧ – د/ احمد فتحي سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق، ص٨٦٢.

(٢) السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص٨٠ – د/ عبد العظيم مرسى وزير ، مرجع سابق ، ص٢٢٧ – د/المرصفاوى ، قانون العقوبات الخاص ، مرجع سابق ، ص٣٢٨.

(٣) ١٩٧٥/١١/٣٠ ، أحكــام النقض ، س٢٦ ، ق١٧٣ ، ص٧٨٦ – نقض ١٩٩١/٥/١٢ ، س ٤٢ ، ق١١٢ ، ص٧٨٦ ، نقض ٩٤/٤/١٩ ، س٤٥ ، ق٨٨ ، ص٥٤٣

المبحث الثالث
أن يكون الإكراه مصاحبا لارتكاب الجريمة

١٢٤ـ الإكراه سابق أو معاصر للسرقة :

يكـــون الإكراه مصاحبا للسرقة متى سبقها بقصد تسهيل ارتكابها أو تعاصر معهـــا بقـــصد اتمام ارتكابها ، أما إذا تلاها بعد تمامها فلا يعتد به وتخرج الواقعة عندئذ من نطاق جريمة السرقة بإكراه فالإكراه السابق والمعاصر هما وحدهما اللذان يعتد بهما قانونا فى جناية السرقة بإكراه [1]

والإكـــراه الـــسابق هـــو الوسيلة القسرية التى يستخدمها الجاني ليعطل أو يـــضعف قوة المقاومة التى تنبه عند المجني عليه أثناء محاولة السرقة بحيث يتغلب الأول على الأخير وينتزع منه الشئ المراد سرقته ، أو يكون فى سبيله إلى انتزاعه ومـــن ذلـــك إذا ساهم عدة أشخاص فى تنفيذ جريمة السرقة بطريقة توزيع الأعمال التى تتكون منها فبعضهم استعمل الإكراه على المجني عليه وامسك به حتى يتمكن البعض الآخر من نقل المسروقات والفرار بها ، فهذا يجعلهم قانونا مسئولين جميعا باعتـــبارهم فاعلـــين أصليين فى السرقة على أساس أنها تكونت من أكثر من عمل واحد وان كلا منهم مع علمه بها وبفعل زملائه قام بتنفيذ عمل منها[2] .

ويلاحـــظ أن الإكراه السابق الذي يمهد لسلب الحيازة غالبا ما يمتد أثناءها فيتوافـــر فى الواقعة صورتان للإكراه : إكراه سابق وإكراه معاصر ولا تأثير لذلك من الناحية القانونية .

---

(١) د/ عبد المهيمن بكر ، جرائم الاعتداء على الاشخاص ، مرجع سابق ، ص٣٧٧ – د/ احمد فتحـــى ســـرور ، الوسيط فى قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص٨٦٣ – السيد حسن البغال ، مرجع سابق ، ص٨٢ .

(٢) ١٩٥٢/١٠/٢٨ ، أحكام النقض ، س٤ ، ق٢٠ ، ص٢٧ – ٩١/٥/١٢ ، س٤٢ ، ق١١٢ ، ص٧٨٦ – ٩٢/١١/٣ ، س٤٣ ، ق١٥١ ، ص٩٨١.

١٢٥ـ ضابط الإكراه المعاصر والإكراه اللاحق فى الفقه :ـ

ولمعــرفة ما إذا كان الإكراه معاصراً أم لاحقا يتعين أن ينظر إلى المرحلة التـــي وقع الإكراه فيها. وفى هذا الشأن يمكن أن يصادفنا اتجاهان يضع كل منهما معياراً للتفرقة.

الاتجاه الأول :

معيـــار التلبـــس : قـــال بهذا المعيار بعض من الفقه الفرنسي ومؤداه أن الإكـــراه - المستخدم من قبل الجاني لا تنقطع علاقته بالسرقة مادامت الجريمة فى حالـــة تلبس كما تقرر (المادة٣٠أ.ج) فحكمة التشديد تكون متوافرة إذا وقع الإكراه والجـــريمة متلبس بها وعلى هذا المعيار جري القضاء المصري زمنا. ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من انه (إذا كان الثابت بالحكم ان متهمين ثلاثة اتفقوا فيما بيـــنهم علـــى سرقة بقرة فذهبوا إلى مكانها ، ومع الأول والثاني منهم أسلحة نارية واعترضوا صاحب البقرة وتمكنوا من سرقتها منه وحضر ابنه وآخر على استغاثته واعترضا المتهمين وأمسك الابن بزمام البقرة فضربه أحد المتهمين بعصا على يده وأطلـــق الآخران النار على زميله فأصاباه ثم هرب المتهمون جميعا وتركوا البقرة. فهذه الواقعة تعتبر سرقة بإكراه لحصول التعدي بالعصا من أحد المتهمين على إبن المجنـــي علـــيه عندما أراد تخليص البقرة منهم ، ولأن جريمة السرقة كانت وقت حصول التعدي فى حالة تلبس ، وكل إكراه يقع من الجاني والجريمة فى هذه الحالة ليتمكن من الإفلات بالمسروق يجعل السرقة بطريق الإكراه [١] ، كما قضى بأنه لا يلـــزم فى الإكراه الذي يعد قانونا ظرفاً مشدداً فى السرقة أن يكون سابقا أو مقارنا لفعـــل الاخـــتلاس بـــل أن يكون كذلك ولو أعقب فعل الاختلاس متى كان قد تلاه مباشـــرة أثـــناء مـــشاهدة المتهم متلبسا بالجريمة وكان الغرض منه الفرار بالشئ المخـــتلس ففى هذه الحالة يكون القول بأن السرقة قد وقعت بالإكراه صحيحا إذ أن

---

(١) ١٩٣٨/٤/١٨ ، مجمـــوعة القواعد ، حـــ٤ ، ق٢٠٥ ، ص٢١٨ – ١٩٤٥/٣/٥ ، ق٥٢١ ، ص٦٥٨ – ١٩٧١/٤/١٨ ، أحكام النقض ، س٢٢ ، ق١٧ ، ص٧٠– ٩٤/١٢/٤ ، حـــ٦ ، ق٤٠٨ ، ص٥٤١ .

تمـــام اســـتحواذ المـــتهم علـــى الشئ المسروق لم يكن ميسوراً إلا بما ارتكب من الإكراه[1] ويأخذ الفقه على معيار التلبس فى الإكراه المعاصر بعض المآخذ أهمها :-

١. أن فكرة التلبس فكرة إجرائية يرتب عليها المشرع نتائج إجرائية نص عليها فـــى قانون الإجراءات الجنائية ولا شأن لها بشروط الجريمة التى ينبغي البحث عن معايير لها فى القواعد الموضوعية التى يعني بها قانون العقوبات ذاته [٢].

٢. إن الأخـــذ بمعـــيار التلـــبس ينتهي بنا إلى أبعد مما يريد الشارع أن يقف. فالمـــشرع يريد فقط التشديد على السرقة التى تحصل عن طريق الإكراه وليس علـــى الـــسرقة التى يتبعها إكراه. فالقول بأن الإكراه الواقع والجريمة فى حالة

---

(١) ١٩٤٣/٢/١ ، مجمـــوعة القـــواعد ، حــ٦ ، ق٥٦ ، ص١٣٢ – ٤٧/٤/٢١ ــ حــ٧ ــ ق ٣٥٠ ، ص٣٣٢ – ٦٧/١٢/١٨ ، أحكام النقض ، س١٨ ، ق٢٧٢ ، ص١٢٧٧ – ٩٦/٣/٧، أحكام النقض ، س٤٧ ، ق٤٨ ، ص٣٣٧ – ٩٧/١٠/٤ ، أحكام النقض ، س٤٨ ، ق١٥٠ ، ص١٠٠٩ .

(٢) ومع ذلك يؤيد جانب من الفقه المصري قضاء النقض فيما كان قد ذهب اليه من الأخذ بفكرة التلبس إذ يقرر "أن ما قالته محكمة النقض بشأن استعمال الجاني للإكراه وهو فى حالة تلبس بالـــسرقة ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة بشأن الشروع فى السرقة ، فالسرقة لا تتم إلا بعد ان تستتب السيطرة الفعلية للجاني على الشئ ، وما لم يتحقق هذا الاستتباب فهو لازال فى مرحلة الشروع وضبط الجاني وهو فى حالة تلبس يكون قبل ان تستقر له السيطرة الفعلية على الشئ ". ويـــضيف انه " لا يبدو من الوقائع التى عرضت لها محكمة النقض انها تعني كافة صور التلـــبس ومـــنها التلبس الاعتباري بل وكل ما تعنيه هو التلبس قبل ان تتهيأ للجاني السيطرة الفعلية على الشئ "

- د/ احمـــد فتحي سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص٨٦٣.
- د/ عوض محمد ، جرائم الاشخاص والأموال ، مرجع سابق ، ص٣١١.
- د/ رؤف عبيد ، جرائم الاعتداء على الاشخاص والأموال ، مرجع سابق ، ص٣٩٨.
- ونحن من جانبنا لا نري ما يبرر الاستعانة بفكرة التلبس وهي فكرة إجرائية نظراً لكفاية فكرة الشروع – وهي موضوعية فى المقام الأول.

تلبس يعتد به قانوناً مؤداه التشديد بسبب الإكراه الذي يقع عقب وقوع الجريمة بوقت قصير إذ أن حالة التلبس تمتد في بعض الصور إلى هذا الوقت (١).

٣. ليس الأخذ بمعيار التلبس هو السبيل الوحيد للعقاب على اعمال العنف اللاحقة على ارتكاب السرقة ولو بوقت يسير فإذا لم يكن في القواعد الموضوعية ما يعين على ذلك - وهذا امر مستبعد - فإنه من المتصور أن يسأل الجاني عن هذه الأعمال باعتبارها جريمة مستقلة ولكن ذلك لا يكون إلا بنص صريح (٢).

---

(١) ويبدو ان محكمة النقض ذاتها تأثرت بالرأي القائل بأن جريمة السرقة لا تعتبر كاملة إذا ضبطت في حالة التلبس ، ولو كان فاعلها قد أخرج فعلا المنقول المملوك لغيره من نطاق السيادة المادية عليه لحائزه ، إذ ذكرت في حكمها السابق والذي أشرنا اليه (١٩٣٨/٤/١٨ ، مجموعة القواعد ، حـ٤ ، ق٢٠٥ ، ص٢١٨) والصادر في واقعة اعتراض ابن المجني عليه واللصوص لتخليص البقرة المسروقة منهم واعتداء احدهم عليه بالعصا ثم هروبهم وتركهم للبقرة ، ان جريمة السرقة كانت وقت حصول هذا التعدي في حالة تلبس وكل إكراه يقع من الجاني والجريمة في هذه الحالة ليتمكن من الافلات بالمسروق يجعل السرقة حاصلة بطريق الإكراه ورأت المحكمة ذلك رغم ان البقرة كانت قد اخرجت فعلا من نطاق حيازة صاحبها ماديا لها .

- ونحن ننضم الى سائر الفقه في القول بان تفسير المادة - ٣١٤ عقوبات فيما يتعلق بوقت حدوث الإكراه بالقياس الى وقت حدوث الاختلاس ما كان يتطلب كل ذلك العناء وتلك المحاولة التى اريد بها تأخير وقت وقوع جريمة السرقة كاملة عن اللحظة التى كان المفروض انها لحظة ارتكابها تماما - والقول يتراخى ذلك الوقت الى ما بعد هذه اللحظة تعللاً بحالة التلبس والقانون قصد بعبارة " السرقة بإكراه والواردة في المادة - ٣١٤ ع - السرقة التى يتقدمها أو يقترن بها أو يتلوها الإكراه في صلة من المصاحبة الزمنية تشبه تلك التى نص عليها القانون في علاجه للاقتران بين القتل وجناية آخرى مع فارق هام هو ان الاختلاس هنا والإكراه يقترنان زمنيا ليكونا جناية واحدة بعينها هي جناية السرقة بإكراه... د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص٤٨٢ - د/ محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، بند ١٢٥٠ ، ص٩١٧.

(٢) قضى المشرع الإيطالي في نص المادة - ١/٦٢٨ على السرقة بالقوة او التهديد ونص في الفقرة الثانية من ذات المادة على انه يجازي بنفس العقوبة من يستعمل القوة او التهديد عقب الاختلاس مباشرة ليتمكن أو ليمكن غيره من حيازة الشئ المختلس أو الفرار من العقوبة وفي ذات المعني جاءت المادة - ٤٦٩ من قانون العقوبات البلجيكي د/عبد العظيم مرسى وزير ، جرائم الأموال، مرجع سابق، ص٢٢١ - د/ محي الدين عوض ، قانون العقوبات السوداني ، مرجع سابق ، ص٦٤٢.

الإتجاه الثاني : معيار الشروع

اتجه القضاء الفرنسي فى سنة ١٨٨٣ إلى القول بأن الإكراه الذي يكون القصد منه الهرب بالمسروق يعد تمام الجريمة لا يغير من نوعها وفي وقت سابق كانت محكمة النقض الفرنسية قد قررت فى سنة ١٨١٢ أن مثل هذا الإكراه يكون له أثر فى نوع الجريمة ولقد انقسم الفقه فى فرنسا عقب ذلك إلى مؤيد للقضاء القديم ومؤيد للقضاء اللاحق - والواقع أن كلا القضائين متفق على أن أعمال العنف اللاحقة على تمام الجريمة لا تدخل فى تنفيذها ومن ثم لا يغير طبيعتها ولكن الخلاف بينها فى تحديد الوقت الذي تنتهي فيه حالة الشروع وتعتبر الجريمة تامة (١)

ذهب الفقيه الفرنسي (جارو) إلى القول بأن السرقة لا تتم إلا بخروج السارق من المكان الذي وقعت فيه السرقة (٢) ومادام الجاني لم يغادر المكان فإن جريمته تعتبر فى حالة شروع بحيث إذا ما ارتكبت إكراها فى هذه المرحلة كان لها

---

(١) د/ عبد المهيمن بكر ، مرجع سابق ، ص٣٧٨ - د/ عبد العظيم مرسى وزير ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ .

(٢) وهذا الرأي معيب إذ لا علاقة مطلقا بين بقاء السارق داخل المنزل أو خروجه منه وبين تمام السرقة أو عدم تمامها ، فقد تتم السرقة بغير ان يخرج الجاني من المكان الذي وقعت فيه كما لو سرق خادم او ضيف فى منزل متاعاً لصاحب المنزل ووضعه فى غرفته الخاصة او حقيبته فلا ريب انه يعد مرتكبا لجريمة سرقة تامة رغم استمرار بقائه بالمنزل ... د/ على راشد ، الجرائم التى تحصل لآحاد الناس، مكتبة سيد عبد الله وهبة ، ١٩٧٢ ، ص ٢٩٥.

- وهذا ما قضت به محكمة النقض من انه " إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى ان صراف المديرية تسلم بعض رزم الأوراق المالية من صراف البنك الأهلى ووضعها على المنضدة بجواره ، وشغل بتسليم باقى الأوراق ، فاغتنم المتهم هذه الفرصة وسرق رزمه منه ، وأخفاها تحت ثيابه ، ولما افتضحت السرقة ألقاها خلف عامود يبعد عن محل وقوفه حيث وجدها احد عمال البنك ، فهذه الواقعة تعتبر سرقة تامة لأن المال قد انتقل فعلا من حيازة الصراف الى حيازة المتهم بطريق الاختلاس وبنية السرقة ٢١/ ١٢/١٩٣٦ ، مجموعة القواعد ، حـ٤ ، ق٢٥ ، ص٢٥ .

فى حين ذهب الى القول " ... لا يلزم فى الاعتداء الذى تتوافر به جريمة الشروع على السرقة باكراه ان يكون الاعتداء سابقا او معاصراً لفعل لاختلاس بل يكفى ان يكون عقب فعل الاختلاس متى كان قد تلاه مباشرة وكان الغرض منه النجاه بالشئ المختلس (طعن رقم ١٣٣٥٥ لسنة ٦٥ق جلسة ٢٥/٩/٩٧ - لم ينشر) .

أثـر فـي طبيعة الجريمة ولقد طبعت محكمة النقض هذا المعيار عام ١٩١٦ حين قالت " بأن نقل الشئ من مكانه لا تتم به السرقة إلا إذا كان النقل تاما ومخرجا للمال مـن حيازة المالك. فالسرقة من منزل لا تعتبر تامة لمجرد وضع السارق يده على الـشئ المسروق ولا بالخروج به من الغرفة التى كان بها ولكى تعتبر السرقة تامة يجـب أن يخرج السارق بما سرق من المنزل جميعه فإذا أمسك شخص السارق فى صحن الدار وهو حامل الشئ المسروق وخارج به فضربه السارق تخلصا منه (أي من الشخص الذي اعترضه) تعتبر السرقة واقعة بإكراه [(١)] .

والواقـع أن معيار الشروع هو الأصوب من الناحية العملية على أن يتحدد بسبق الإستيلاء على الشئ المسروق إستيلاء تاما يخرجه من حيازة صاحبه ويجعله فى قبضة الجاني وتحت سيطرته فحيث يثبت أن الاختلاس قد تم واكتمل فكل عنف يعقـبه لا يعد إكراها بأية حال. أما حيث يبدأ الإختلاس ثم يدركه العنف قبل تمامه فإنــه يكــون سرقة بإكراه فالإختلاس فى السرقة لا يكتمل إلا إذا استخلص السارق لنفسه حيازة الشئ المسروق وبسط عليه السيطرة ومادام الجاني لم يخرج بالمسروق من منزل صاحبه أو خرج منه ولكن صاحب الشئ طارده فإن سيطرته على الشئ لا تكون سيطرة كاملة ولا مستقلة فإذا وقع منه إعتداء على المالك أو على الغير فى هذه اللحظة لاستخلاص الحيازة أو بالاستئثار بها فذلك يكون إكراها تشدد من أجله العقـوبة أمـا إذا تخلى السارق عن الشئ ثم لاذ بالفرار فأن فعله الإجرامي يكون انتهـي ، فـإن وقع منه اعتداء على الغير وهو لائذ بالفرار فذلك لا يعد إكراها بل جريمة مستقلة يعاقب عليها بمقتضى القانون[(٢)].

---

(١) نقض ١٩١٦/٢/١٢ ، المجموعة الرسمية ، س١٧ ، ق٧٢ ، ص١٢٠ – والحكم صحيح فى ذاته لولا فساد الاستدلال ... مشار اليه د/ على راشد ، مرجع سابق ، ص٣٢٨

(٢) د/ على راشد ، مرجع سابق ، ص٢٢٩ – د/ عبد الرحيم صدقي محمد حسني ، الوجيز فى قانـون العقوبات الخاص المصري ، بدون جهة نشر ، ط١ ، ١٩٨٣م ، ص٢١٠ – د/ عبد العظيم مرسى وزير ، مرجع سابق ، ص٢٢٢ – د/ عوض محمد ، مرجع سابق ، ص٣١٤ – د/المرصفاوي ، مرجع سابق ، ص٣٢٩ .

وأخيــرا نــشير إلـــى أن الإكـــراه ظرف عيني ومن ثم يسري على جميع المـــساهمين فى السرقة ولو لم يعلموا به [1] ومن باب أولى لا يجوز للمتهم ان يدفع مسئوليته عن الإكراه بقوله أنه لم يسهم فى اقتراف الفعل الذي قام الإكراه به [2] .

١٢٦ـ موقف الشريعة الإسلامية :

القاعــدة فى الشريعة الإسلامية أنه لا عقاب على حديث النفس فى الجريمة قــبل ارتكابهــا. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تتكلم " ومن استقراء النصوص الفقهية فى الشريعة الإسلامية نجد أن هناك اتجاهين للتفرقة بين بدء التنفيذ والجريمة التامة حيث نجد أن غالبية الفقهاء يعتبرون الجاني قد بدأ فى تنفيذ جريمة عندما يقوم بأحد الأفعـــال التى يتكون منها الركن المادي أو يبدئه فى فعل من هذه الأفعال. [1] وورد فى المجلى لابن حزم عن عمرو بن شعيب أن سارقاً نقب خزانة المطلب بن وداعة فــوجد بهــا قد جمع المتاع ولم يخرج به فأتي به إلى إبن الزبير فجلده وأمر به أن

---

(١) نقض ١٩٣٧/١٢/١٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، حــ٤ ، رقم ١٢١ ، ص١٠٩ – ١/٢٣/ ٣٩ رقــم ٣٣٩ ، ص٤٤١ ،- ١٩٥٤/٣/٢ ، أحكام النقض ، س٥ رقم ١٣٣ ، ص٤٠٠ – نقض ١٩٥٧/١١/١٩ ، س٨ ، رقم ٢٥٢ ، ص٩٢١ ، - ٧٤/٣/١٨ ، س٢٥ ، ق٦٨ ، ص ٣١١ – ٩٤/٢/٦ ، أحكــام النقض ، س٤٥ ، ق٣٣ ، ص٢٢١ – نقض ٩٤/٦/٢ ، ق١٠٦، ص٦٩٦ .

Cass. Crim., 20 Déc 1923, B. No. 441 ; 28 Juill 1953, B. No. 262; 3 Mars 1965, B. NO.64.

(٢) ١٩١٧/١٠/٦ ، المجمــوعة الرســمية ، س١٨ ، رقم ١١٢ ، ص١٩٥ – ١٩٤٩/٤/١٢ ، مجموعة القواعد القانونية حــ٧ ، ق٨٧١ ، ص٨٣٢ – ١٩٩٦/٣/٧ ، أحكام النقض ، س٤٧ ، ص٣٣٧ .

- د/ محمــود نجــيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ١٢٥١ ، ص٩١٩– د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ص ٤٧ .
- د/ إبــراهيم حامــد طنطاوي ، المسئولية الجنائية عن جرائم السرقة والجرائم الملحقة بالسرقة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠ ، بند ١٠ ، ص١١

(٣) وهذا الرأى مقابل لاصحاب المذهب المادي فى القانون الوضعي حيث يقرر ان العامل المهم فى الجريمة هو الفعل المادي الذي يرتكب وما يترتب عليه من الضرر فبدء التنفيذ الذي يكون الـــشروع هو البدء فى تنفيذ الفعل المادي المكون للجريمة كما نص عليها القانون ويدخل فى ذلك بداهة وضع المتهم يده على الشئ الذي يريد سرقته إذا لم يمكن من اخذه ونقل الشئ من محــل الـــى آخر داخل المكان ...د/ على راشد ، الجرائم التى تحصل لآحاد الناس ، مرجع ســابق ، ص٢٩٦. – د/ حــسنى احمــد الجــندي ، جريمة السرقة " بين القانون الوضعى والشريعة الإسلامية " ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٥ ، ص١١٥.

يقطع فمر بابن عمر فسأل فأخبر فأتي إبن الزبير فقال : أمرت به أن يقطع ؟ فقال : نعــم . قال : فما شأن الجلد ؟ قال : غضبت. فقال ابن عمر : ليس عليه قطع حتى يخرج من البيت أرأيت لو رأيت رجلا بين رجلى إمرأة لم يصبها أكنت حاده ؟ قال : لا . لعلــه كان نازعاً وتاركاً للمتاع [١] ، ويري آخرون ومنهم الشافعي والحسن والــسيدة عائشة أن العبرة بنفسية الجاني فإذا دخل اللص المكان الذي ينوي سرقته وجمع المتاع المراد سرقته وضبط قبل خروجه اعتبر فعله جريمة سرقة تامة وليس بدءاً فى التنفيذ فقط [٢].

---

(١) ركــن الــسرقة هو الأخذ على سبيل الاستخفاء . قال الله تبارك وتعالى الأمن استرق السمع ســمى ســبحانه وتعالى أخذ المسموع على وجه الاستخفاء استراقا ، ولهذا يسمى الأخذ على ســبيل المجاهدة مغالبة أو نهبه أو خلسة او غصبا أو انتهابا واختلاساً لا سرقة – وروي عن ســيدنا علــى رضــى الله عنه انه سئل عن المختلس والمنتهب فقال تلك الدعابة لا شئ فيها وروي عــن النبــى عليه الصلاة والسلام انه قال لا قطع على نباش ولا منتهب ولا خائن ثم الأخذ على وجه الاستخفاء نوعان مباشرة وتسبب (أما) المباشر فهو ان يتولى السارق اخذ المــتاع واخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز واخذ متاعا فحمله او لم يحمله حتى ظهر عليه وهو فى الحرز قبل ان يخرجه فلا قطع عليه لأن الأخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك إلا بالإخــراج من الحرز ولم يوجد وان رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل ان يخرج وهو من الحرز فلا قطع عليه لأن يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز فإن لم يظهر عليه حتــى خــرج واخــذ ما كان رمى به خارج الحرز يقطع ... الإمام علاء الدين ابن بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، ص٦٥.
الإمام/ محمد ابو زهرة ، الجريمة ، مرجع سابق ، ص٣٣٧.

(٢) وهــذا الرأي مقابل لاصحاب المذهب الشخصى فى القانون الوضعى والذي محوره شخص الجاني ونصيبه من الخطورة بدلا من ماديات الجريمة ومبلغ الفعل المرتكب من الجسامة عند التفكيــر التقليدي – صاغ الفقه والقضاء ما يعرف بالضابط " الشخصي " للشروع ووفقا لهذا الاتجــاه الحديث يكون الفعل شروعاً فى سرقة – ولو لم يكن بدءاً فى تنفيذ مادية الاختلاس ، أو شطر من ظرف مادي مشدداً فى السرقة – متي كان بحسب ظروف الواقعة دالا على أن عزم الجاني على السرقة كان نهائيا لا رجعة فيه ، بحيث لو ترك وشأنه لتمت الجريمة حتما ... د/ علــى راشد ، الجرائم التى تحصل لآحاد الناس ، مرجع سابق ، ص٢٩٨ – الأستاذ/ عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص٣٥٠.

وعـند الشافعى تكون العقوبة القطع لأن سرقته قد تمت بأخذ المال المحرز والخروج بعد ذلك ليس تتميم فعل السرقة بل للنجاة من صاحبه وهو كحد الزنا يجب بنفـسه الإيلاج إن أخذ على ذلك قبـل ان ينـزع نفسه وروي سعيد عن قتادة عن الحسن قال : إذا وجد فى بيت فعليه القطع قال أبو بكر :

دخـوله البيت لاستحق به اسم السارق فلا يجوز إيجاب القطع به وأخذه فى الحـرز أيضا لا يوجب القطع لأنه باق فى الحرز ومتى لم يخرجه من الحرز فهو بمنـزله من لم يأخذه فلا يجب عليه القطع ولو جاز إيجاب القطع فى مثله لما كان لاعتبار الحرز معني [1] .

(١) ويلاحـظ انـه بالنسبة لجريمة الحرابة يري بعض الفقهاء الخروج على القواعد العامة حيث يكتمل الركن المادي بمجرد الدخول الى الحرز ولو لم يخرج المسروق منه ... د/ احمد فتحي بهنسى ، نظريات فى الفقه الجنائى الإسلامي " دراسة فقهية مقارنة " ، يرجع سابق ص٤٤ – د/ حـسنى احمـد الجندي ، مرجع سابق ص٤٤ – د/حسنى احمد الجندي ، مرجع سابق ، ص١١٥٠ .

المبحث الرابع
آثـــر الإكـــراه فـــى العقوبـــة

١٢٧ـ فى القانون الوضعي :ـ

القانـــون المصري يعاقب على السرقة بالإكراه بالسجن المشدد ... (م/٣١٤ فقرة أولـــى عقـــوبات) وتوقـــع هذه العقوبـــة لمجرد استخدام الإكراه أي دون أن يتخلف عنه جروح أو إصابات.

أمـــا إذا تـــرك الإكـــراه أثر جروح تكون العقوبة السجن المؤبد أو السجن المشدد (م/٣١٤ فقرة ثانية من قانون العقوبات) ومتي ثبتت حدوث الإصابات فلا يعيب الحكم أن يخطئ فى تحديد مكان إحدى الإصابات(١).

---

(١) نقـــض ١٩٦٠/٢/٢٩ ، أحكام النقض ، س١١ ، ق٣٤ ، ص١٨١ كما لا يعيب الحكم أيضا ان يخطئ فـــى وصف فعل الإكراه ذاته فإذا أقر المتهم بالسرقة بإكراه بالتحقيقات بانه امسك المجني عليها لتقييد حـــركتها وقـــال الحكـــم انــــه قد كم فاها من بعد ان امسك بها ، لا يعيبه لانه ليس بذي بال أن تكون مـــساهمة المتهم بتقييد حركة المجني عليها او تكميم فاها ... نقض ١٩٧٧/٥/٨ ، أحكام النقض ، س ٢٨ ، ق١١٦ ، ص٥٤٧ – ويكفي لبيان ركن الإكراه فى السرقة ان تقول المحكمة فى حكمها ان ركن الاكـــراه لا شبهه فيه إذ شهد المجني عليه ان شخصين تغلبا عليه فامالة أحدهما والقاه الآخر ، وتمكنا من سلب نقوده –٩٤/١٢/٤ – مجموعة القواعد بحـــ٦ ، ق٥٤٩ – ١٩٩٦/٤/١٤ ، أحكام النقض ، س٤٧ ، ق٧٣ ، ص٥١٩ .

ويلاحـــظ ان المـــشرع لـــم يواجه بنص صريح حالة ما إذا أدي الإكراه المقترن بالسرقة الي الموت وفى الـــبحث عـــن العقوبة الواجبة التطبيق فى مثل هذه الحالة ينبغي التفرقة بين فرضين الأول ان يقصد الجانـــي بالاعـــتداء فى هذا الفرض تحقيق نتيجة محددة وهي المساس بسلامة جسم المجني عليه لشل مقاومـــته فـــتقع نتـــيجة ابعد وهي الموت وبذلك نكون إزاء جريمتين جريمة ضرب أفضي الي موت وجـــريمة سرقة بإكراه وهي حالة من حالات تعدد الجرائم تطبق بشأنها نص المادة (٣٢ فقرة أولى) من قانون العقوبات وتطبق عقوبة السرقة بإكراه.

الفـــرض الثانـــي إذا قصد الجاني الاعتداء بالقتل فإننا نكون إزاء جناية قتل مرتبطة بجنحة سرقة وتطبق المـــادة (٢٣٤ فقرة ثانية شطر ثاني) التى تنص علي انه ... واما إذا قصد منها (أي من جناية القتل العمـــد) الـــتأهب لفعـــل جـــنحة وهي فى فرضنا السرقة) أو تسهيلها او ارتكابها بالفعل او مساعدة مـــرتكبها أو شـــركائهم علـــى الهرب او التخلص من العقوبة فيحكم بالاعدام او السجن المؤبد ... " معدلتان بق رقم ٩٥لسنة ٢٠٠٣ الذي استبدل بعبارة السجن المؤبد " عبارة الأشغال المؤبدة ... " ولا يـــصح اعتـــبار الواقعة في هذا نص جناية قتل مقترنة بجناية السرقة بالإكراه مما ينطبق عليها نص المادة ٢٣٤ فقرة ثانية ، وذلك لأن من شروط تطبيق هذه الفقرة ان تكون الجناية المقترنة بالقتل ذات كـــيان مـــستقل عن القتل بحيث لا تكون مشتركة معه فى أي عنصر من عناصره ولا أي ظرف من ظروفه المشددة ، وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض بعدم توافر الظرف المشدد فى سرقة كانت وسيلة الإكـــراه فـــيها القتل ، لأن هذه السرقة " وان كان صحيح فى القانون وصفها بانها بإكراه إذا ما نص الـــيها مستقلة عن جناية القتل العمد إلا انه إذا نظر اليهما معا . كما هو الواجب – فان فعل الاعتداء الذي يكون جريمة القتل هو الذي يكون فى الوقت ذاته ركن الإكراه فى السرقة ... فإذا كان القانون لا يعتبـــرها جناية إلا بناءً علي ظرف مشدد وكان هذا الظرف هو المكون لجناية القتل العمد يجب عند توقيع العقاب علي المتهم الا ينظر اليها إلا مجردة عن هذا الظرف واذن فان العقوبة الواجب توقيعها هـــي العقـــوبة المقـــررة فى الشق الأخير من الفقرة الثانية من المادة ٢٣٤ على أساس أن القتل وقع لتـــسهيل جنحة السرقة. ... نقض ١٩٤٢/١١/٢٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، حـــ٢ ، ق٢٢، ص ٢٢ – ١٩٦٠/٤/٢٥ ،أحكـــام الـــنقض، س١١ ، ق٧٢ ، ص٣٥٦ ومشار اليه د/ عبد العظيم مرسى وزير، مرجع سابق ، ص٢٣١ – د/ إبراهيم حامد طنطاوي ، مرجع سابق ، ص٣٠.

في حين تنص المادة ٣١٨ المعدلة بالقانون رقم ٨١ – ١٩٨٢ والصادر في ٢ فبراير ١٩٨١ على عقوبة الحبس الذي تتراوح مدته بين ثلاثة اشهر ولا تجاوز ثـلاث سنين والغرامة التي تتراوح مقدارها ما بين الف فرنك كحد أدني وعشرين ألف فرنك كحد أقصى أو إحدي هاتين العقوبتين عند ارتكاب جريمة السرقة البسيطة وتـشدد هـذه العقوبات إذا وقعت جريمة السرقة مقترنة بإكراه يترتب عليه العجز الكلـي عن العمل لمدة تزيد عن ثمانية أيام أو عند ارتكابها بواسطة عصبة فعندئذ تصبح العقوبة الحبس الذي تتراوح مدته بين عشر سنوات وعشرين سنة كما تشدد ثانيا إذا كان الفاعل حاملاً سلاحاً ظاهراً أم مخفيا فتصير السجن المؤبد (١).

١٢٨ـ موقف الشريعة الإسلامية :

السرقة في الشريعة الإسلامية نوعان :

١) سرقة عقوبتها الحد ٢) وسرقة عقوبتها التعزير . والسرقة المعاقب عليها بالحد نوعان : أ- سرقة صغري ب- سرقة كبري – فأما السرقة الصغري فهي أخذ مال الغير خفية أي على سبيل الاستخفاء أما السرقة الكبري فهي أخذ مال الغير على سبيل المغالبة وتسمي السرقة الكبرى (حرابة) والفرق بين الاثنين هو أن الـسرقة الـصغري يؤخذ فيها المال دون علم المجني عليه ودون رضاه فلابد لوجـود السرقة الصغري من توافر هذين الشرطين معاً. أما السرقة الكبري فيؤخذ فيها المال بعلم المجني عليه ولكن بغير رضاه وعلى سبيل المغالبة (٢).

---

(1) Des partes (F) et leGunehec (F), le nauveau Droit pénal, op, cit. P. 67

(٢) ويتفـق فقهاء المسلمون على انه يلزم لتحقيق السرقة المعاقب عليها بالحد ضرورة توافر ثلاثة أركان وهي : ١) الأخذ خفية (وهي يقابل الاختلاس في القانون الجنائي الوضعي بان يأخذ الجاني الشئ من المجني عليه دون علمه ودون رضاه) ويشترط لتحقيق الأخذ شرعا خروج الشئ المسروق من حرزه المعـد لحفظه وان يدخل المسروق في حيازة السارق. ٢) أن يكون المأخوذ مالا مملوكا للغير بالغا للنـصاب. ٣) القـصد الجنائي – فإذا توافرت في الجريمة الاركان الثلاثة عدت السرقة جريمة تامة معاقـب علـيها بالحد وهي قطع اليد – اما إذا تخلف ركن من هذه الاركان دخلت الجريمة في عداد الجرائم غير التامة والمعاقب عليها بالتعذير.

أمـا الحـرابة وان سميت بالسرقة الكبري إلا انها لا تتفق تمام الاتفاق مع السرقة فالسرقة أخذ المال خفية والحرابة هي الخروج لاخذ المال على سبيل المغالبة فركن السرقة الأساسي هو أخذ المال فعلا وركن الحرابة هو الخروج لأخذ المال سواء أخذ المال ام لم يؤخذ والسارق يعتبر سارقا إذا اخذ المال خفـية امـا المحارب فيعتبر محاربا في حالات :- الأولى : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخـاف السبيل ولم يقتل أحداً . الثانية : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال ولم يقتل أحـداً . الثالثة : إذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فقتل ولم يأخذ مالا. الرابعة : إذا خرج لأخذ المـال علـى سبيل المغالبة فأخذ المال وقتل ، ففي هذه الحالات الأربع يعتبر الشخص محاربا مادام خـرج بقصد اخذ المال على سبيل المغالبة أما الخروج بقصد أخذ المال إذا لم يؤد لحالة من الحالات الـسابقة لـيس حـرابة ولكنه ليس مباحا بل هو معصية يعاقب عليها – بالتعزير ... د/ حسني احمد الجـندي ، جـريمة الـسرقة بدل القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص١٥٥ – الاسـتاذ/ عـبد القـادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي " مقارنا بالقانون الوضعي " دار الطباعة الحديثة ، ١٩٨٤ ، جـ٢ ، ص٥١٤،٦٨٣ .

حـد السرقـــة :

الأصـل فـي حد السرقة قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم " [1]

ويتـرتـب علـى ثـبـوت السرقة شيئان : أولهما : ضمان قيمة المال المسروق – وثانيهما : قطع السارق.

أولا : الضمـان :

يـذهب أبو حنيفة وأصحابه أن الجاني إذا تثبت عليه السرقة ملزم بضمان قـيمة الشئ المسروق ، وإنه يجب عليه القطع إذا تبين أنه سـارق ، ولكنهم يرون الـضمان والقطع لا يجتمعان معاً وحجتهم أن نـص القرآن جاء بالقطـع فقط وإن عـبد الرحمن بن عوف روي عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " إذا قطع الـسارق فـلا غرم عليه " ولهم حجة أخرى منطقية وهي : أن المضمونات تملك عـندهم مـن وقـت الأخذ عند أداء الضمان أو اختياره ، فلو ضمن السارق قيمة المـسروق فكأنه ملكه من وقت أخذه وكأنه أخذ ما يملكه فلو قطع مع الضمان لقطع فـي ملك نفسه. والقطع لا يجب إلا بأخذ ملك الغير ويري الحنفية عموماً أن للمالك اسـترداد المسروق بعد القطع مادام المسروق لم يستهلك سواء كان المسروق فى يد السارق أو كان السارق قد تصرف فيه للغير، وللغير أن يرجع بالثمن على السارق ولكـن ليس له أن يرجع عليه بالقيمة لأن الرجوع بالقيمة معناه الضمان وقد انتفي الضمان عن السارق بالقطع [2].

فـي حـين ذهب الشافعي وأحمد وإسحاق إذا كان المسروق قائماً ، رد الى صاحبه ، لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " فـإذا تلف المسروق فى يد السارق ، ضمن بدله وقطع ولا يمنع أحدهما الآخر ،

---

(١) سورة المائدة : الآية (٣٨)

(٢) الإمام/ علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسـاني الحنفى ، مرجع سـابق ، حـ٧ ، ص٨٤ ومشار اليه الأستاذ/ عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص٦١٨.

لأن الـــضمان لحق الآدمي ، والقطع يجب لله – تعالى – فلا يمنع أحدهما الآخر – كالدية والكفارة [(١)].

وقال أبو حنيفة : إذا تلف المسروق ، فلا يغرم السارق لأنه لا يجتمع الغرم مع القطع بحال، لأن الله ذكر القطع ، ولم يذكر الغرم [(٢)].

والقاعـــدة إذا وجب الغرم ، إن لم يقطع مطلقاً أو قطع وايسر من يوم الأخذ وســـقط الحد إن سقط العضو بعدها ، لا بتوبة وعدالة ، وتداخلت إن اتحدت كقذف وسرب [(٣)].

ثانيا : القطـــــع

عقـــوبة القطع لا يجوز العفو فيها لا من المجني عليه ولا من رئيس الدولة ولا يجـــوز أن تستبدل بها عقوبة أخرى أخف منها. والأصل فى ذلك ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " تجافوا العقوبة بينكم ، فإذا انتهي بها إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا " [(٤)].

---

(١) محمد بن اسماعيل الامير اليمنى الصنعانى ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام ، مرجع سابق، حـــ ٤ ، ص ٤٨

(٢) سيد سابق ، مرجع سابق ، جـــ٣ ، ص٢٣٥.

(٣) وروي النـــسائى أن رجـــلا من مزينه آتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف تري فى جريسة الجبل – فقال : هي ومثلها والنكال وليس فى شئ من الماشية القطع إلا فـــيما أواه المـــراح فبلغ ثمن المجن ففيه قطع اليد . وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامه مثليه وجلـــدات الـــنكال . قـــال : يا رسول الله كيف تري فى الثمر المعلق ؟ قال : هو ومثله معه والـــنكال وليس فى شئ من الثمر المعلق قطع إلا فيما آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمـــن المجن ففيه القطع فمالهم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثلية ...د/ احمد فتحي بهنسى ، العقـــوبة فى الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص٢٠٠ – الإمام/ عبد العزيز حمد آل مبارك الاحسائي ، مرجع سابق ، ص٥١٧.

(٤) صفات الحدود لا خلاف فى حد الزنا والشرب والسرقة انه لا يحتمل العفو والصلح والإبراء بعـــد ما ثبت بالحجة لانه حق الله تعالى خالصا لاحق للعبد فيه فلا يملك اسقاطه وكذا يجري فـــيه الـــتداخل حتى لو زنا مراراً أو شرب الخمر مراراً أو سكر مراراً لا يجب عليه الا حد واحد ، لأن المقصود من اقامة الحد هو الزجر وانه يحصل بحد واحد فكان فى الثاني والثالث احـــتمال عدم حصول المقصود فكان فيه احتمال عدم الفائدة ولا يجوز إقامة الحد مع احتمال عـــدم الفائدة ولو زنا أو شرب أو سكر أو سرق فحد ثم زنا او شرب او سرق يحد ثانيا لانه تبـــين ان المقصود لم يحصل وكذا إذا سرق سرقات من أناس مختلفة وخاصموا جميعا فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها من أناس مختلفة وخاصموا جميعا فقطع لهم كان القطع عن الـــسرقات كلها ... الإمام/ علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاساني الحنفى ، مرجع سابق ، ص٥٥ .

وقـد اخـتلف الفقهاء فى محل القطع الى حد كبير فذهب البعض إذا وجب القطع قطعت يده اليمنى من مفصل الكف ، وحسمت وجوبا ، وهو ان يغمس موضع القطع من مفصل الذراع فى زيت مغلى: فإن عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب ، وحسمت وجوبا ، وصفة القطع : أن يجلس السارق ، ويضبط لئلا يتحرك وتشديده بحبل ، وتجر حتى يتبين مفصل الكف من مفصل الذراع ثم توضع بينهما سـكين حادة ، ويدق فوقها بقوة لتقطع مرة واحدة ولا يقطع فى شدة حر ولا برد ، ولا مريض فى مرضه ، ولا حامل حال حملها ولا بعد وضعها حتى ينقضي نفاسها وإذا قطعـت يـده ثـم سرق قبل التئامها لم يقطع حتى يندمل القطع الأول وكذا لو قطعـت رجلـه قصاصا لم يقطع اليد فى السرقة حتى يبرأ الرجل فإن عاد ثالثا بعد قطـع يـده ورجله حرم قطعه وحبس حتى يموت[1] . ويري الظاهريون أن القطع واجـب فـى الـيدين معاً. فإذا سرق قطعت إحدى يديه فإذا عاد للسرقة قطعت يده الثانـية. فـإن سـرق الثالثة عزر ومنع الناس ضره حتى يصلح حاله وحجتهم ان القـرآن والـسنة جاء بقطع يد السارق لا بقطع رجله ومحل القطع عند ابى حنيفة والـشيعة والذيديـة وعلـى الرأي الأول - وهو الراجح فى مذهب أحمد - هو اليد اليمنـي والرجل اليسري وحجتهم فى ذلك أولاً ما روي عن أبى هريرة أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال فى السارق " إن سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله " ولأن نص القرآن " فاقطعوا أيديهما " قصد منه اليد اليمني فقط بدليل قراءة عـبد الله بن مسعود " فاقطعوا أيمانهما " ولا يظن بمثله أن يقرأ ذلك من تلقاء نفسه بل سماعاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - ولأن القطع - قطع اليدين - يفوت منفعة الجنس ، وكذلك قطع الرجلين معا ، فلا يستطيع أن يأكل أو يمشى أو يتطهر أو يدفـع عـن نفـسه [2] ومحل القطع عند مالك والشافعى وعلى الرأي الثاني فى مـذهب أحمـد هو اليدان والرجلان معا. فتقطع اليد اليمني أولا. فإن عاد السارق

---

(١) لـشيخ الإسلام المحقق / أبى النجا شرف الدين موسى الحجازي المقدسى ، الاقناع ، مرجع سابق ، جـ٤ ،ص٢٨٥.

(٢) الإمـام/ موفق الدين أبى محمد عبد الله بن احمد بن محمود قدامه ، المغني ، مرجع سابق ، جـ١٠ ، ص٢٦٤ - الإمام/ علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، بدائع الصنائع ، مـرجع سـابق ، جـ٧ ، ص٨٦ - الأستاذ/ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، مرجع سابق ، جـ٢ ، ص٦٢٣ - الإمام/ علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان ، الاوصاف ، مرجع سابق ، جـ١٠ ، ٢٨٧

قطعــت رجله اليسري فإن عاد الثالثة قطعت اليد اليسري ، فإن عاد الرابعة قطعت رجله اليمني فإن عاد بعد ذلك حبس حتى يموت أو تطهر توبته (١).

وإذا كان القطع هو العقوبة الأساسية أو الأصلية فى السرقة ومع ذلك يمكن للقاضى أن يحكم علاوة على ذلك بتعليق يد السارق فى رقبته بعد قطعها (٢).

عقوبـــة الحرابــــة :

الحــرابة هـــى قطع الطريق أو هي السرقة الكبري ، وإطلاق السرقة على قطـــع الطـــريق مجاز لا حقيقة لأن السرقة هي أخذ المال خفية وفى قطع الطريق يؤخذ المال مجاهرة ولكن فى قطع الطريق ضرب من الخفية هو اختفاء القاطع عن الإمام ومن أقامه لحفظ الأمن ولذا لا يطلق السرقة على قطع الطريق إلا بقيود فيقال الـــسرقة الكبرى ، ولو قيل السرقة فقط لم يفهم معني قطع الطريق ولزوم التقيد من علامات المجاز (٣) .

---

(١) شـــيخ الإسلامي/ أبي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الانصارى ، أسنى المطالب ، مرجع سابق ، حـــ٤ ، ص١٥٢.

(٢) وتعلـــيق الـــيد على هذا النحو تعتبر عقوبة تكميلية جوازية لا تطبق إلا إذا نطق القاضى بها والغرض من ذلك هو تحقيق الردع العام حتى يعرف الناس جميعا عاقبة السرقة فيكون عبرة لغيـــره كما انه للزجر والتنكيل بالجاني ويستدل على ذلك من السنة والآثر . ١) السنة : ما روي عن مكحول عن عبد الرحمن بن محيريز قال : سألت فضالة بن عبيد عن تعليق اليد فى عـــنق السارق أمن السنة هو ؟ قال أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسارق فقطعت يده ، ثم أمر بها فعلقت فى عنقه .
٢) وفى الآثر : ما روي عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه قال : رأيت عليا رضى الله عنه أقـــر عـــنده سارق مرتين فقطع يده فعلقها على عنقه فكأني انظر الى يده تضرب صدره.... واخـــتلف الفقهـــاء حول المدة التى يستغرقها تعليق يد السارق فى رقبته فالبعض من الحنابلة سكت عن تحديد هذه المدة والبعض الأخر حددها بمدة ثلاث أيام أن رآه القاضى أما الشافعية فقـــد حـــددوها بـــساعة ... د/ حسني الجندي ، فكرة العقوبات التبعية والتكميلية فى الشريعة الإسلامية دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، بند ٤٥ ، ص٧٩.
الأســـتاذ/ عـــبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، جـــ٢ ،ص٦٣٩ – د/ أشرف عبد الرازق ويح، التعزير بالحبس فى الشريعة الإسلامية ، مقال سابق، ص١٤٠.

(٣) الأســـتاذ/ عـــبد القـــادر عـــودة ، التشريع الجنائي الإسلامي ، مرجع سابق ، ص٦٣٨. – الأستاذ/ سيد سابق ، فقه السنة ، مرجع سابق ، حـــ٣ ، ص٢١٥.

وقـد أنـزل الله – سـبحانه – فى جريمة الحرابة قوله (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهـم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي فى الدنيا ولهم فى الآخرة عـذاب عظـيم * إلا الـذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحـيم) [1] فهـذه الآية نزلت فيمن خرج من المسلمين بقطع السبيل ، ويسعى فى الأرض بالفـساد [2] لقوله – سبحانه – (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقـد أجمـع العلماء على أن أهل الشرك إذا وقعوا فى أيدي المسلمين فأسلموا فإن

---

(١) سورة المائدة : الآية (٣٣ : ٣٤)

(٢) وقد روي أن الحرابة قد نزلت بعد حادثة العرنين الذين كانوا قد أكرمهم النبى الكريم وأغاثهم ولكـنهم قـتلوا راعى النبى وسرقوا الابل . فنزل قوله تعالى " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسـوله ويسعون فى الأرض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض " وطبق حكم هذه الآية عليهم وقطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف .
وتـرد عدة ملاحظات على هذا القول أولها : أن هناك خلاف فى مناسبة نزول الآية الكريمة ففـى قـول أنها نزلت فى المشركين وفى قول آخر أنها نزلت فى قطاع الطريق المحاربين ثانـيهما : أن الطـريقة التى وصف بها الانتقام من العرنين لا تتفق مع ما نهي عنه الرسول الكريم الذي قال " اياكم والمثله " وقد روي عن القاضى عياض قد استشكل عدم سقيهم بالماء للاجماع على ان من وجب عليه القتل فاستسقى لا يمنع عنه الماء واجاب بأن ذلك لم يقع عن امـر النبى صلى الله عليه وسلم ولا وقع منه نهي عن سقيهم ومن هذا نتفق مع الرأي القائل بـأن هذا الخبر لا يمكن ان يصـح نسبتـه الى الرسـول الكريم نظرا لتعدد الروايات عنه ومـا فيه من شذوذ ... د/ عبد الأحد جمال الدين ، الشرعية الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، مقال سابق ، ص١٥٦ – الأستاذ/ سيد سابق ، مرجع سابق ، ص٢٢٠ .
ويرجع الخلاف بين الفقهاء فى العقوبة المقررة الى اختلافهم على تفسير حرف (أو) الوارد فى الآية ... ومن رأي ان حرف (أو) جاء للبيان والتفصيل قال ان العقوبات جاءت مترتبة علـى قـدر الجريمة وجعل لكل جريمة بعينها عقوبة بعينها ومن رأي أن حرف (أو) جاء للتخيـر تـرك للإمام ان يوقع عقوبة على اية جريمة بحسب ما يراه ملائما إلا أن مالكا قيد التخيـر فـى حالـة القتل فجعل الخيار بين القتل والصلب فقط أما الظاهريون فيرون الخيار المطلق ...
الإمام / محمد أبو زهرة ، العقوبة ، مرجع سابق ، ص١٣٦
الإمام/ سيد سابق ، مرجع سابق ، ص٢٢١ .
الأستاذ/ عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص٦٤٧.

الإسلام يعصم دماءهم وأموالهم ، وإن كانوا قد ارتكبوا من المعاصي قبل الإسلام ، ما يستوجب العقوبة : (قل للذين كفروا أن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف)(١).

وتختلف عقوبة المحارب عند أبى حنيفة والشافعي وأحمد باختلاف الأفعال التي يأتيها فتعبير حرابة فقال الشافعي واحمد : إذا قتل المحاربون ولم يأخذوا المال قـتلوا ، وإن قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا ، وإن أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وإن أخافوا الطريق، ولم يأخذوا مالاً ولم يقتلوا نفسا ، فقال احمد : ينفون من الأرض ، فيتشردوا متفرقين . وقال الشافعي يعزرون بحبس وغيره (٢) .

وقـال أبو حنيفة : إن قصدوا قطع الطريق ولم يأخذوا مالاً ولا قتلوا نفسا فجزاءهم النفي وإن أخذوا مالاً قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف وإن قتلوا ولم يأخـذوا مـالاً قتلهم الإمام حداً وإن قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار إن شاء قطع أيـديهم وأرجلهـم من خلاف وقتلهم وصلبهم ، وإن شاء قتلهم ، وإن شاء صلبهم ، يصلب الواحد حياً ويعج بطنه الرمح حتى يموت (٣).

وأتفـق الشافعي وأبو حنيفة وأحمد على أن المحاربين لا يقطع منهم إلا من أخذ ما يقطع السارق مثله . واتفق مالك وأبو حنيفة أن المحارب يصلب حيا ثم يقتل مـصلوبا . وقال الشافعي وأحمد : يقتل أولا ثم يصلب وعند مالك ينزل من الصلب بعـد القتل مباشرة . وعند أبى حنيفة والشافعي يصلب ثلاثة أيام ثم ينزل(٤) ويرى مالك أن الإمام مخير بين أن يقتل المحارب أو يصلبه أو يقطعه أو ينفيه وإن الأمر فى الاختيار مرجعه الاجتهاد وتحري المصلحة العامة . فإن كان المحارب ممن له الـرأي والتدبيـر فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره وإن كان

---

(١) سورة الإنفال : الآية (٣٨)

(٢) الـشيخ/ محمـد بن محمد احمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفي معاني الفاظ المنهاج ، دار احياء التراث " بيروت " ، بدون تاريخ ، جـ٤ ، ص١٨١.

(٣) الإمـام/ أبـي يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الانصارى ، أسنى المطالب ، مرجع سابق ، جـ٤ ، ص١٥٤.

(٤) الشيخ/ عبد العزيز حمد آل مبارك الأجسائى ، تبين المسالك ، مرجع سابق، ص٥٢٢.

لا رأى له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وإن كان ليس فيه شئ من هاتين الصفتين أخذ باليسر وما يجب فيه وهو النفى والتعزير [(١)].

ويجري التداخل فى جريمة الحرابة فلو ارتكب أكثر من حرابة عوقب عنها جميعا مرة واحدة إذا كان الفعل الذي أتاه واحد فإن كان الفعل مختلفا كفى أن يعاقب بعقوبة الفعل الأشد عقوبة هذا مع ملاحظة رأى أبى حنيفة وفى حالة أخذ المال جاز قطعـه ثـم قتله . وهذا على رأى القائلين بأن (أو) للتخير فعند مالك يتداخل على الـوجه السابق أيضا لأنه يخصص لأخذ المال والقتل فتداخل الأفعال من نوع واحد ويكفى عقوبة واحدة وإذا اختلفت كانت العقوبة الأشد هى الواجبة [(٢)].

ويتضح من خلال ما تقدم مدي شدة العقوبة فى الشريعة ولكن لكى توقع هذه العقـوبة فإن الشريعة تتطلب أدلة اثبات متناهية الشدة. وذلك بالطبع أمر خارج عن نطـاق بحثـنا - الأمـر الـذي ينتهى بنا فى أغلب الحالات إلى تطبيق العقوبات التعزيرية [(٣)].

---

(١) وقد أختلف أهل التأويل فى تفسير هذا الى أربعة أقوال :
أحدهما : انه بابعادهم عن بلاد الإسلام الى بلاد أخرى وهذا انس بن مالك والحسن وقتاده والزهرى.
والثاني : انه إخراجهم من مدينة الى أخرى وهذا قول عمر بن عبد العزيز رحمه الله وسعيد بن جبر.
والثالث : انه الحبس وهو قول ابى حنيفة ومالك.
والرابع : وهو ان يطلبوا لإقامة الحدود عليهم فيبتعدوا وهذا قول ابن عباس والشافعى.
وقـد قيل انه لا ينفـى إلا من لم يأخذ المال ولم يقتل وقال قوم بل الإمـام مخير فيهم على الإطلاق سواء قتل او لم يقبـل أخذ المال او لم يأخذه ... د/ احمد فتحي بهنسى ، نظريـات فى الفقه الجنائى الإسلامى ، مرجع سابق ، ص١٨٨
الأستاذ/ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامي ، مرجع سابق ، ص٦٤٩

(٢) الأستاذ/ عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص٦٥٩.

(٣) ويـيان مـا يسقط الحكم بعد وجوبه منها تكذيب المقطوع عليه القاطع فى إقراره بقطع الطريق انه لم يقطع على الطريق ومنها رجوع القاطع عن إقرار بقطع الطريق وتكذيب المقطوع عليه بالبينة ومنها ملـك القاطع المقطوع له وهو المال قبل الترافع أو بعده ومنها توبة القاطع قبل ان يقدر عليه مع رد المـال علـى صـاحبه ان كان اخذ المال لا غير مع العزم على ان لا يفعله مثله فى المستقبل وهذا بخلاف سائر الحدود انها لا تسقط بالتوبة والفرق ان الخصومة شرط فى السرقة الصغرى والكبرى لان محـل الجـناية خالص حق العباد والخصومة تنتهي بالتوبة والتوبة تمامها رد المال الى صاحبه علـى ان عـدم وجوب الحد لا يمنع من تعزيره وضمانه لما أخذ وعدم وجوب الحد على الصبى او المجنون لا يمنع من تأديب الصبى والمجنون بما يتفق مع حالتهما كالضرب وحجر المجنون فى مكان لمـنع أذاه على الناس – والقاعدة فى الشريعة ان كل ما يعتبر معصية إذا أتاه الإنسان عزر ولو أراد الفاعل فعلا ما، لم يتمه مادام ما فعله يعتبر معصية فى ذاته لاحد فيها ، فإذا كان ما فعله سواء اتمه او لـم يتمه ، فيه الحد عوقب بعقوبة الحد إذا توافرت شروطها فإذا لم تتوافر شروطها فالعقوبة التعذير كلمـا كون الفعل معصية ... الإمام علاء الدين ابى بكر ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق ، ص٩٦ ... راجع ما سبق من الرسالة صـ٥٥.

الباب الثانى
الإكراه فى قانون الإجراءات الجنائية

١٢٩ـ تمهيد وتقسيم :

من الثابت أن الإنسان يولد بريئاً ، وهذا هو الأصل فيه ، ويستمر هذا الأصل مصاحباً له طيلة حياته بحيث لا ينتقض إلا بالحكم القضائى بالإدانة عن فعل جرمي. وهذا يعنى أنه إذا نسبت إليه جريمة ما ، تعين على الإدعاء أن يقيم الدليل عليها ولا تثبت إدانته عنها إلا إذا كانت أدلة الاتهام دامغة على نحو يقتنع به القاضى اقتناعاً كاملاً لا شك فيه. فالأصل فى الإنسان البراءة يقينا، وعليه فإن إثبات عكسه لا يقوى عليه إلا يقين مثله أو أقوى منه (١) وهذا الأصل يتفق مع الفطرة السليمة ، وإن جاز إثبات عكسه بطرق محددة رسمها القانون وبين مداها وضوابطها ، من خلال الإجراءات الجنائية التى يتعين اتخاذها فى الإطار الشرعى وانتهاء بالاقتناع اليقينى للقاضى الجنائى بثبوت إدانة المتهم. وأصل البراءة فى الإنسان يعتبر وضعاً واقعيا يتطابق مع طبائع الأشياء ويتفق مع المصلحة العامة الممثلة فى ضرورة الحفاظ على حريات الأفراد وحقوقهم (٢).

وكان من أهم المبادئ التى تضمنها النظام الإجرائى الإسلامى مبدأ ضمان الحرية الشخصية للفرد ، فقد كانت حماية الإنسان وكفالة حرياته وحقوقه الأساسية

---

(١) د/ على حمودة، النظرية العامة في تسبيب الحكم الجنائي "رسالة دكتوراه"، حقوق القاهرة، ١٩٩٤، ص٧٦.

(٢) وفي هذا الصدد قضي بأنه "....... ويؤسس افتراض البراءة على الفطرة التي جبل الإنسان عليها، فقد ولد حراً مبرءاً من الخطيئة أو المعصية ويفترض على امتداد مراحل حياته أن أصل البراءة لا زال كامناً فيه مصاحباً له فيما يأتيه من أفعال إلى أن تقضي المحكمة بقضاء جازم لا رجعة فيه هذا الافتراض "حكم المحكمة الدستورية العليا في١٩٩٢/٢/٢ القضية رقم ١٢/١٣ قضائية دستورية. ص ٥.

موضـــع اهــتمام الشارع الإسلامى[1] وتجلى ذلك فى تكريمه فى شخص آدم بقوله تعالـــى " وإذ قلــنا للملائكة اسجدوا لأدم فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافــرين " [2] كمـــا كفل للإنسان الحق فى الحياة وذلك فى قوله تعالى "ولا تقتلوا الــنفس التى حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل إنه كان منصورا " [3] وضمنت حقه فى حرمة الحياة الخاصة ، وذلك فى قــوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا علـــى أهلهـــا ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يــؤذن لكم وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم " [4] وفى مجال حرية الرأى والتعبير فى قوله تعالى " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون " [5] .

وفـــى مجــتمع ارتقـــى إلى مستوى حضارى معين ينبغى أن يكون كشف الجــرائم وإثبات الحقيقة بشأن حدوثها من عدمه ، من الناحية الواقعية والقانونية ،

---

(١) يحدثنا القرآن الكريم عن العديد من مظاهر حقوق الإنسان وفى مقدمتها :

- الحـــق فـــى الكرامة الإنسانية ، قال تعالى " ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً "
- والحـــق فـــى المـــساواة : قال تعالى : " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله اتقاكم إن الله عليم خبير "
- وحرية العقيدة " لا إكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغىّ "
- وغيـــر ذلـــك مـــن الحقوق التى تسبغ على الإنسان لصلاحية لخلافة الأرض والقدرة على إعمارها
- د/ فوزية عبد الستار ، الإسلام وحقوق الإنسان ، مؤسسة الأهرام ، ٢٠٠٧ ، ص ٣

(٢) سورة البقرة آية (٣٤).

(٣) سورة الإسراء آية (٣٣)

(٤) سورة النور ىلآيتان (٢٧، ٢٨).

(٥) سورة الكهف آية (٢٩)

وتحديــد المسئولين عنها وتوقيع الجزاء عليهم من خلال إجراءات محددة يعهد بها أساساً إلى أجهزة عامة متخصصة هى المعنية بالعدالة الجنائية. هذه الأجهزة تمارس نشاطها وفقا لقواعد وضوابط معينة [1].

وتحديــد أجهــزة العدالــة الجنائية والقواعد التى تحكم ممارستها لانشطتها السابقة هى موضوع " قانون الإجراءات الجنائية "[2]. حيث يبين لنا تنظيم الدعوى الجنائــية فى مختلف مراحلها بما فى ذلك المرحلة الممهدة لها والتى تسمى بمرحلة جمــع الاســتدلالات حيث تبدأ الإجراءات الجنائية بالتحرى عن الجرائم وهو الأمر المنوط أصلاً بأعضاء الضبطية القضائية ، فإذا توافرت الدلائل على وقوع الجريمة فإنهــا تنتقل إلى دور التحقيق الإبتدائى الذى تتولاه النيابة العامة أو قاضى التحقيق بقــصد الــتأكد من وقوع الجريمة واكتشاف فاعلها والتحقق من كفاية الأدلة ضده وتحديد مسئوليته عنها.

---

(١) د/ محمــود كبــيش ، تأكيد الحريات والحقوق الفردية فى الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، ص٧.

(٢) يعتبــر قانــون الإجراءات الجنائية من أدق القوانين فى حياة الدولة القانونية ففى هذا القانون يتعين على المشرع تحقيق التوازن بين مصلحتين متعارضتين هما المصلحة العامة فى تحقيق العدالة الجنائية بتطبيق قانون العقوبات والمصلحة الخاصة فى حماية الحرية الشخصية وسائر حقــوق الإنــسان المتعلقة بها. وغالباً يحدث التوتر فى العلاقة بين هاتين المصلحتين ذلك أن كثيراً من الإجراءات الجنائية تعطل ممارسة الحقوق الأساسية للفرد ، حريته الشخصية وسائر حقوق الإنسان المتعلقة بها. مثال ذلك القبض ، الحبس الاحتياطى ، التفتيش ، ضبط الأشياء ، مــراقبة المراسلات ، الاتصالات التليفونية ، وكلها إجراءات تمس حرية التنقل او الحق فى الملكية او الحق فى الحياة الخاصة ......والمشكلة التى يواجهها هذا القانون تكمن فى ضمان " حــسن " إدارة العدالــة الجنائية وهو ما يتطلب التوفيق بين " فاعلية " هذه العدالة واحترام الحرية وسائر حقوق الإنسان ....
د / أحمــد فتحى سرور ، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص٣.

وستقتـــصر دراستنا فى قانون الإجراءات الجنائية [1] على دور الإكراه فى

---

(١) تخــتلف نظــم الإجــراءات الجنائـــية وتتنوع تبعاً لاختلاف الأوضاع الاجتماعية والسياسية للــشعوب وهــذه الــنظم يمكن ردها إلى نظامين أساسيين ، وهما النظام الاتهامى ، والنظام التنقيبـــى ،وقــد مــرت المجــتمعات بهذين النظامين ، وقد ظهر نظام آخر يأخذ من كل من النظامين السابقين بقدر ويسمى بالنظام المختلط.

أولاً : النظام الاتهامى :

يعــد النظام الاتهامى – Systéme Accustoire –أقدم النظم الإجرائية ظهوراً وكانت الجريمة وفقــا لهــذا الــنظام ينصب أذاها على المجنى عليه وحده لذلك كان تحريك الدعوى الجنائية قاصراً على المجنى عليه أو أقربائه ثم تطور الأمر واصبح لكل فرد فى المجتمع حق تحريك الدعــوى الجنائية باسم المجتمع ...ولم يعرف هذا النظام قضاء خلص بالتحقيق يتولى تهيئة الدعــوى أمــام قــضاء الحكم بل كل من المجنى عليه والمتهم يقدمان ما يؤيد أقوالهما ، أما القاضى فكان دوره فى الدعوى يتمثل فى الحكم فيها وفقا لعقيدته الذاتية ...ويتميز هذا النظام بأنه يكفل للمتهم أقصى قدر من الحرية.

Stefani(G). Levasseur(G)et Bouloc, Procédure Pénalé, Dalloz. 13 éd. 1987. No. 56. P 65.

د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ ، ص ٤٣.

د/ عوض محمد ، الأحكام العامة فى قانون الإجراءات الجنائية الليبى ، المكتب المصرى الحديث ، ط١ ، ١٩٦٨ ، رقم ١٨ ، ص٣٨.

ثانيا : النظام التنقيبى :

يــرتبط ظهور النظام التنقيبى بظهور الدولة وقد ترتب على ذلك أن الجريمة لم تعد تمثل عدوانا علــى المجنــى عليه وإنما أصبحت تمثل عدوانا على المجتمع ، وقد ترتب على تولى الدولة مهمــة الاتهــام ان قيدت حرية المتهم فليس هو المكلف بتقديم الأدلة التى تنفى عنه ارتكاب الجــريمة بل وجدت هيئة تتولى ذلك تمثل المجتمع وتنوب عنه أما القاضى فقد أصبح دوره إيجابــيا إذ كــان عليه البحث عن الحقيقة من خلال مراجعة إجراءات التحقيق التى قامت بها الهيئة التى تنوب عن المجتمع –وأن يباشر هذه الإجراءات مرة أخرى كى يكون الحكم الذى يصدره مطابقاً للحقيقة من حيث الواقع وإذا كان هذا النظام قد اعترف للقاضى بدور إيجابى–

مرحلتى الاستدلال والتحقيق الابتدائى من خلال فصلين.

الفصل الأول : الإكراه فى مرحلة الاستدلال.

الفصل الثانى : الإكراه فى مرحلة التحقيق الابتدائى .

= فى الدعوى إلا أن هذا الدور اصبح وبالأعلى المتهم لأنه كان يجيز للقاضى تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف حيث كان الاعتراف سيد الأدلة ...

Donnédieu de vabres, traité de droit criminel et de legislation pénalé comparée. 1947. P. 578.

د/ رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، منشأة المعارف ، ١٩٨٤ ، ص٢٧.

ثالثاً : النظام المختلط

ظهر النظام المختلط Systém mixte والذى اجتهد فى جمع مزايا النظامين وقد اعتمد هذا النظام علــى تقــسيم الدعوى الجنائية إلى مرحلتين الأولى هى مرحلة الاتهام والتحقيق ، وفى هذه المــرحلة تقــوم الهيئة الممثلة للمجتمع بمهمة الإتهام واحيانا بوظيفة التحقيق. أما فى مرحلة المحاكمة فيغلب عليها الطابع الاتهامى لأنها علنية ويحضر المتهم جميع إجراءاتها وتقوم على مبدأ الاقتناع الذاتى للقاضى .

د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، التحقيق الجنائى ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٩٩ ، ص٨.

د/ محمد أبو العلا عقيدة ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية، ط٢ ، ٢٠٠١ ، ص٢٨.

الفصل الأول
الإكـراه فـى مرحلـة الاستـدلال

١٢٠ـ تمهيـــد وتـقسيـــم :

تعهــد قوانـــين الإجراءات الجنائية المختلفة إلى مأمورى الضبط القضائى بالـــبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التى تلزم للتحقيق فى الدعوى. وهذه المرحلة تسبق مرحلة التحقيق الابتدائى التى تتحرك بها الدعوى الجنائية [١] وقد أطلـــق عليها فى فرنسا التحقيق غير الرسمى وأطلقت عليها القوانين العربية مرحلة الاســـتدلال أو الاستقـــصاء وتعتبـــر أعمال هذه المرحلة الوظيفة الرئيسية للشرطة القضائية [٢].

ويأتى دور مرحلة جمع الاستدلالات بعد وقوع الجريمة وتعتبر بهذه المثابة أعمـــالاً ممهـــدة للدعـــوى الجنائـــية لا تدخل ضمن إجراءاتها ولا تعتبر جزءاً من الخصومة الجنائية ، غايتها تنوير سلطات التحقيق[٣].

---

(١) الهدف من إجراءات الاستدلال على الجريمة هو الإعداد للتحقيق الإبتدائى أو المحاكمة حيث يكون من الجائــز إجــراؤها دون تحقيق . فإجراءات الاستدلال بهذا التحديد لا تعتبر من إجراءات الدعوى إذ الدعـــوى الجنائـــية لا تتحرك إلا بالتحقيق .... د/ فـــوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضـــة العربية ، ٢٠٠١ ، ط٢ ، ص ٢٥١ – د/ أسامة عبد الله قايد ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣، جــ١، ص١٠٣.

Merle et vitu, op. cit. P. 244.

(2) STEFANI (Gaston) et levasseur (George) , Droit pénal et procedure pénale, Paris, 1975, P. 39.

(٣) بيـــنت أعمال الاستدلال المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية بقولها " يجب على مأمورى الضبط القـــضائى أن يقـــبلوا التبليغات والشكاوى التى ترد إليهم بشأن الجرائم وأن يبعثوا بها فوراً إلى النيابة العامـــة ويجب عليهم وعلى مرؤوسيهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتـــسهيل تحقـــيق الوقائع التى تبلغ إليهم أو التى يعلمون بها بأية كيفية كانت وعليهم أن يتخذوا جميع الوسائل التحفظية اللازمة للمحافظة على أدلة الجريمة ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التى يقوم بها مأمور الضبط القضائى فى محاضر موقع عليها منهم يبين بها وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصوله ويجـــب أن تـــشتمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا ، وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة.

وأضـــافت إلـــى ذلـــك المادة ٢٩ من قانون الإجراءات الجنائية أن " لمأمورى الضبط القضائى أثناء جمع الاســـتدلالات أن يـــسمعوا أقوال من يكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها وان يسألوا المتهم عن ذلك ، ولهم أن يستعينوا بالأطباء وغيرهم من أهل الخبرة ويطلبون رأيهم شفهيا أو بالكتابة. ولا يجوز لهم تحليف الشهود أو الخبراء اليمين إلا إذا أخيف ألا يُستطاع فيما بعد سماع الشهادة بيمين "

والاســتدلال عــبارة عن جمع المعلومات والبيانات الخاصة بالجريمة عن طــريق التحــرى والمراقبة والبحث عن الفاعلين بشتى الطرق والوسائل القانونية وبالجملة إعداد جميع العناصر اللازمة للبدء فى التحقيق "بمعناه الضيق" إذا كان له وجه أو فى المحاكمة مباشرة(1).

وسوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : أساس مرحلة الاستدلال وأهميتها.

المبحث الثانى : اختصاصات مأمورى الضبط فى مرحلة الاستدلال.

المبحث الثالث : الإجراءات المقيدة للحرية فى مرحلة الاستدلال.

---

(1) د / قــدرى عبد الفتاح الشهاوى ، ضوابط السلطة الشرطية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص٤٣ – د/ عــصام زكــريا عبد العزيز ، حقوق الإنسان فى الضبط القضائى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص٤٢.

وقد اتجه جانب من الفقه إلى عدم وضع تعريف محدد للاستدلال واكتفى بأن مرحلة الاستدلال هى مرحلة سابقة على الدعوى بل هى تجهيز لها ، ويبدأ عملها بعد وقوع الجريمة... د / حسن صــادق المرصــفاوى ، أصــول الإجراءات الجنائية ، منشأة دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص٢٦٢. – د / أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٠ ، ص٣٦٥ .

المبحث الأول
أساس مرحلة الاستدلال وأهميتها

١٣١- تقسيم :

تهدف الدراسة فى هذا المبحث إلى بيان السند القانونى لمرحلة الاستدلال كأساس لبيان مشروعيتها ثم بيان المبادئ العامة التى تحكم إجراءات هذه المرحلة والوقوف على الأهمية القانونية لها وسيكون ذلك فى المطالب الآتية :

المطلب الأول : السند الشرعى لإجراءات الاستدلال.

المطلب الثانى : المبادئ العامة التى تحكم مرحلة جمع الاستدلالات.

المطلب الثالث : الأهمية القانونية لمرحلة جمع الاستدلالات.

المطلب الأول
السند الشرعى لإجراءات الاستدلال

١٣٢- فى قانون الإجراءات الجنائية المصرى :

تستمد إجراءات الاستدلال شرعيتها من نص القانون فقد نظمها المشرع فى الباب الثانى من قانون الإجراءات الجنائية وحدد القائمين بها فى المواد (٢١) إجراءات وما بعدها.

وقد نص المشرع فى المادة (٢١) على انه " يقوم مأمور الضبط القضائى بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها وجمع الاستدلالات التى تلزم للتحقيق فى الدعوى " وواضح من هذا النص أن الضبط القضائى يختص بهذه السلطة وأن أعمالها لا تبدأ

إلا بعـد وقـوع الجريمة فهو الذى يكشف عن وقوعها ويجمع المعلومات اللازمة لمعـرفة مـرتكبيها لتقديمها إلى سلطة التحقيق ومن ثم فوظيفتها تختلف عن وظيفة الضبط الإدارى التى تهدف إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الجريمة (1).

ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التى يقوم بها مأمور الضبط القضائى فى محاضر موقع عليها منه يبين بها وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصولها حيث يتم إرسالها إلى النيابة(2).

١٣٣ـ فى بعض القوانين العربية :

حرصـت التشريعات الإجرائية الجنائية العربية على بيان شرعية إجراءات الاستدلال فأوردت نصوصاً تتعلق بهذه المرحلة ، من ذلك قانون أصول المحاكمات

---

(١) إن حماية المجتمع من أخطار وقوع الجريمة تتم من خلال تحقيق هدف الضبط الإدارى يعنى (تنظـيم المجـتمع وقائياً ، فالدولة أو السلطة الشرطية تنظر إلى الأخطاء التى عسى أن يؤتيها الأفراد ، والتى تؤدى إلا الإخلال بالنظام العام فى المجتمع ، فتعمل على قمعها قبل وقوعها)

Haurio (Maurice) ; Précis de droit administratif et de droit public, Paris 10 em édition, 1927, P. 477.

- د / قـدرى عبد الفتاح الشهاوى ، أعمال الشرطة ومسئوليتها إداريا وجنائياً ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية " كلية الحقوق " ، ١٩٦٨ ، منشأة المعارف ، ط١ ، ١٩٦٩ ، ص٢٢ أما مهمـة الضبط القضائى فهى تنحصر فى حق الهيئات القضائية فى التعرض لحريات الأفراد باسـتخدام الوسـائل القانونـية كالقبض والتفتيش لكى تصل الى مرتكبى الجرائم ثم تقديمهم للمحاكمـة لانـزال العقـاب حتـى لا تتكـرر جرائمهم وهو ما يطلق عليه النظام العقابى ......د / عـزة الـشريف ، دراسات فى التنظيم القانونى للنشاط الضبطى ، القاهرة ، دار النهضة العربية، ١٩٨٩ ، ص٧.

Natso paulou : Les enquéles de police, L. G.D.J, 1996 , preface de, Bouloc. No, 29, P. 19.

(٢) تتـضمن الفقـرة الثانـية مـن المـادة (٢٤) إجراءات جنائية " ... ويجب أن تثبت جميع الإجراءات التى يقوم بها مأمور الضبط القضائى فى محاضر موقع عليها منهم يبين بها وقت اتخـاذ الإجراءات ومكان حصولها ويجب أن تشمل تلك المحاضر زيادة على ما تقدم توقيع الـشهود والخبراء الذين سمعوا ، وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة ."

الجزائية الأردنى ، حيث بينت المادة السابعة منه مهمة الضبط القضائى فى القبض علـــى مرتكبـــى الجرائم ، وجمع أدلتها وإحالتهم إلى المحكمة المختصة[1]. وبينت المادة ٩٩ من هذا القانون وظيفتهم فى القبض على من توافرت الدلائل الكافية على اتهامهم . أما سلطتهم فى إحالة بعض الجرائم إلى المحاكم المختصة فقد بينتها المادة ٣٧ مـــن قانون محكمة الصلح رقم ١٥ لسنة ١٩٥٢ ، وهو اختصاص إستثنائى ، حـــيث أن الإحالة إلى المحاكم تختص بها من حيث الأصل النيابة العامة بإعتبارها الجهـــة المختـــصة بمباشـــرة التحقيق طبقاً للمادة ١٦ من قانون أصول المحاكمات الجـــزائية[2]. وبموجب المادة ٤٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية له مباشرة كافـــة الإجـــراءات التـــى يباشرها المدعى العام فى حالة الجرم المشهود[3]، وهذه الإجـــراءات يعـــد بعـــضها مـــن إجراءات التحقيق الابتدائى ، وبعضها الآخر من إجراءات الاستدلال.

وفى قانون الإجراءات الجنائية البحرينى :- تستند شرعية مرحلة الاستدلال إلـــى نـــص المادة ٤٣ على أن : " يقوم مأمورو الضبط القضائى بتقصى الجرائم والبحث عن مرتكبيها وجمع الاستدلالات التى تلزم للتحقيق والتصرف فى الدعوى "

---

(١) أن قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٢٦ لسنة ٥٢ أعطى فى المادة ٢/١٤ منه الحق للنائب العـــام أو المدعـــى العـــام -كل ضمن دائرة اختصاصه أن ينتدب أى ضابط من ضباط الشرطة والدرك بصفتهم ضابطة عدلية ليمارس مهام النيابة لدى المحاكم البدائية والصلحية بصورة عامة ومؤقتة حسبما تدعو إليه الحاجة ...والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٦١ قد بينت المادة التاسعة منه فئات أخرى من مساعدى المدعى العام فى إجراء وظائف الضابطة العدلية ......

...د/ محمد صبحى نجم ، الوجيز فى قانون المحاكمات الجزائية الأردنى ، مكتبة دار الثقافة ، ط ١ ، ١٩٩١ ، ص١٥٦.

(٢) د/ محمـــد عـــودة ذيـــاب الجبور ، الاختصاص القضائى لمأمور الضبط ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٨١ ، ص١٠٧.

(٣) الجـــرم المـــشهود تقابـــل " تعبيـــر الجريمة المتلبس بها " ، وقد بينت المادة ٢٨ من القانون الأردنـــى حـــالات الجرم المشهود وهى الجرم الذى يشاهد حال إرتكابه أو عند الإنتهاء من إرتكابـــه وتلحـــق بـــه أيضاً الجرائم التى يقبض على مرتكبيها بناء على صراخ الناس آثر وقـــوعها أو بضبط معهم أشياء أو أسلحة أو أوراق يستدل منها أنهم فاعلوا الجرم ... وهى تقابل المادة ٣٠ أ . ج مصرى .

-هذا ولم يورد المشرع البحريني بياناً لأعمال الاستدلال في المادتين ٤٦ ، ٥٠ من قانــون الإجراءات الجنائية على سبيل الحصر حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٦) " ... يجــب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي فــي محاضــر موقع عليها منهم يبين فيها وقت اتخاذ الإجراء ومكان حصوله كما يجــب أن تــشمل تلــك المحاضر أيضاً على توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا وترسل المحاضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة" .

وعلــيه فــيجب علــى مأمور الضبط القضائي إثبات جميع ما يقوم به من إجــراءات الاســتدلال فــي محاضر موقع عليها منه يبين فيها وقت اتخاذ الإجراء ومكان حصوله ويجب أن تشمل هذه المحاضر توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا وترســل إلى النيابة العامة مع الأشياء والمضبوطات، فهذه المحاضر هي في واقع الأمــر محرر لإثبات الحالة وجمع المعلومات وتحديد الشارع هذه البيانات هو على سبيل الاسترشاد[1].

وفــي دولة الإمارات العربية المتحدة :- حدد قانون الإجراءات الجنائية في المــادة (٣٠) منه دور مأموري الضبطة القضائية وهو تقصي الجرائم والبحث عن مــرتكبيها وجمــع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق والاتهام ، وأوضحت المادة (٣٣) تفصيلاً الفئات التي تتمتع بصفة الضبطية ... ويتبع مأمورو الضبطة القضائية الــنائب العــام ويخــضعون لإشــرافه فيما يتعلق بوظائفهم (المادة ٣١ من قانون الإجراءات الجزائية)[2].

وفــي الــسودان :- يتبــين مــن نصوص الفصل الثاني عشر من قانون الإجــراءات أن الــضابط المسئول عن نقطة الشرطة هو الذي ناط به الشارع كل إجــراءات وســلطات جمــع الاستدلالات فله أن يتحرى بدون أمر من القاضي في الجــرائم التي يجوز للشرطة فيها القبض بدون أمر سواء وصل إليه تبليغ عنها أو علــم بها من أي طريقة أو شاهدها (م ١١١/ (١) ، (٢) ، ١١٢) وله أن يتحرى

---

(١) د / علــي فــصل البوعينــين ، مــرحلة الاستدلال والأحكام العامة التي يخضع لها التحقيق الابتدائي في التشريع البحريني ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص١٣.

(٢) راجــع فــي تفصيل ذلك د / مدحت رمضان ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص١٤٤.

فـــى الجرائم الأخرى بناء على أمر (م ١٢٢ جــ) وفى أحوال الوفاة المشتبهة أو غير الطبيعية (م ١٢٢ د).

والقاضى هو رئيس رجال الضبط القضائى فيما يتعلق بأعمال التحرى إذ له الإشراف الكامل عليهم والتدخل فى أعمالهم بقصد التوجيه للسير فى التحريـــات أو الاستمـــرار فيها أو إنهائها ... (م ١٢٢ ب) وللقاضى عند وصول تقرير البلاغ أو يومية التحرى أن يشير بالتوجيهات التى يعتقد أنها مناسبة لسير التحريات أو لعمل مزيد من التحريات (م ١١٤/ أ ، ١٢١ ، ١٢٢/(٤) ، ١٢٢ د إجراءات) أو البدء فـــى التحقـــيق أو المحاكمة ويصدر ما يراه ضرورياً من أوامر وتوجيهات ويكلف ضابط نقطة الشرطة باتخاذ اللازم نحو إحضار الشاكين والشهود والمتهمين[1].

١٣٤ـ فـــى فرنســـا :ـ

لـــم تكـــن إجـــراءات الاســـتدلال موضع تنظيم دقيق فى ظل قانون تحقيق الجنايات الفرنسى إنما تم الاعتراف بها كضروره عملية[2] ويكفل قانون الإجراءات

---

(١) يلاحظ أن إرسال يومية التحرى إلى القاضى من الإجراءات التى تجعله يتصل علمه بالواقعة الإجـــرامية وبالتالى يمكنه اتخاذ الإجراءات فيها طبقا للمادة ١٣٥/ (جـ) إجراءات فى كلا الحالتـــين المنصوص عليها فى المادتين ١٢١، ١٢٢ إجراءات ......د / محمد محيى الدين عـــوض ، قانـــون الإجراءات الجنائية السودانى ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ، ١٩٨٠ ، ص٣٥١.

(٢) مـــنذ بداية القرن التاسع عشر بدأت الشرطة القضائية فى عمل التحريات الدورية والتنظيمية بـــشأن كـــل مخالفـــة ســـواء كانت فى حالة تلبس أم لا وعمل إجراءات يطلق عليها اسم " اســـتعلامات " سواء كان ذلك بناء على طلب تعليمات النائب الجمهورى او بناء على طبيعة عملها وهذه التحريات التى لا ينظمها القانون كانت معرضة للنقض من قبل بعض المشرعين بـــسبب مدى شرعيتها وعلى الرغم من هذا فإن التطبيق العملى كان دائما يأخذ هذه التحريات بعـــين الاعتبار حين كان الهدف الأساسى منها هو تنوير جهات التحقيق إلى أن تم قبولها فى النهاية وتم الأخذ بها فى الأحكام القضائية وأدرجت تحت وصف " التحريات الأولية "

GARRAUD, Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, T. 11, Paris, 1909, no 750, P. 630.

Natsopaulou, op. cit, No. 99 , P. 186.

الجنائية بيان الأسس القانونية لمشروعية هذه المرحلة حيث نصت المادة ١٤ منه " على البوليس ...جمع الإثباتات المتعلقة بالجريمة والبحث عن الجناة مادام التحقيق لم يفتح بعد " كما نص في المادة ٧٥ إجراءات " ......لرجال الشرطة القضائية سلطة القيام بالتحريات اللازمة إما من تلقاء أنفسهم أو بناء على تعليمات وكيل الجمهورية " . وبموجب المادة ٧٥ - ١ إجراءات ، المعدلة بالقانون الصادر في ١٥ يونيو لسنة ٢٠٠٠ ، ... حين تأمر النيابة العامة الشرطة القضائية بالبدء في جمع الاستدلالات بخصوص جريمة معينة ، فإنها تحدد الفترة التي يتعين فيها الانتهاء من الاستدلالات ، ويمكن للنيابة العامة مد هذه الفترة بناء على مبررات يقدمها القائمون على هذه الإجراءات وفي الحالات التي يقوم فيها ضباط الشرطة القضائية بإجراءات الاستدلال من تلقاء أنفسهم فإنهم يلتزمون بإخطار النيابة بما أحرزوه من تقدم خلال ستة أشهر على الأكثر اعتباراً من تاريخ بدء هذه الإجراءات (م ٧٥-٢- مضافة بالقانون الجديد)[(١)].

وقد أقر شرعية إجراءات الاستدلال بعض القوانين مثل قانون ٢٨ جرمينال السنة السادسة ، حيث بينت المادة ١٢٥ فقرة ثانية منه الوظيفة الأساسية لقوات الحرس الإدارى بأنها " جمع المعلومات المتعلقة بالجنح والجنايات المرتكبة وإبلاغها إلى السلطات المختصة " كما بينت هذه المادة في فقرتيها السادسة عشرة والسابعة عشرة أن وظيفة رجال الدرك هي تحرير المحاضر المتعلقة بجرائم القتل أو الحريق ، وكذلك تحرير محاضر تثبت فيها الآثار المتخلفة عن ارتكاب جريمة ، وأجازت لهم الفقرة الثامنة عشرة من هذه المادة سماع أقوال من لديهم معلومات عن الجريمة سواء أكانوا من المواطنين أو الأقارب أو الجيران[(٢)].

وقد بينت المواد من ١٦ إلى ٢٢ من القانون المشترك الخاص بالحرس الخاص بالحقول حيث يكون من اختصاصهم البحث عن الجناه والخارجين الذين

---

(١) د/ محمود كبيش ، مرجع سابق ، بند ١٠ ، ص٣٢ - د/ محمد عودة دياب ، مرجع سابق ، ص١٠٨.

(٢)
(2) Blondet (Maurice), La Légalité de l' enquête officieuse, J.G.P. 1955. 1. 1233, No.7

ارتكبوا مخالفات ضد الممتلكات الخاصة بالحقول والريف فى الغابات حيث يقوموا بكتابة المحاضر من أجل أن يثبتوا المخالفة والملابسات المحيطة بها [1].

١٣٥ـ موقف الشريعة الإسلامية :

قال تعالى فى كتابه الكريم (ولتكن منكم أمّة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون) [2] والآية الكريمة هنا تعنى انه يجب أن تكون فرقة من هذه الأمة متصدية لهذا الشأن وإن كان ذلك واجباً على كل فرد من الأمة بحسبه كما ثبت فى صحيح مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله " صلى الله عليه وسلم " (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان) [3] [5] بل أننا نجد فى تصرفات الرسول ما يحث على ممارسة الرقابة فقد حدث أن كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم -يمر فى سوق فرأى شخصا يضع أمامه صبره من طعام يبيع منها للناس فوضع النبى يده فيها فأصابت بللا ، فطلب من البائع أن يضع ما أصابه البلل فى مكان ظاهر حتى يراه الناس وقال (من غشنا فليس منا) [4]

وكان رجل الشرطة أو العساس فى الدولة الإسلامية يقوم بوظيفة البحث والتحرى والاستدلال لضبط الجرائم ومرتكبيها والقبض على الجناه وتقديمهم للقاضى ، وكان الخليفة أو الولى يعتمد على هؤلاء فى حفظ الأمن والقبض على الجناة -وذلك من خلال جهازين هما جهاز الحسبه وجهاز المظالم[5]

(1)ROBERT (J. M) , Répertoire Dalloz, Droit Pénal. Vo Police judiciaire , 1969. No, 4

(٢) سورة آل عمران آية رقم (١٠٤)

(٣) محى الدين أبى زكريا يحيى بن شرف النووى الشافعى ، مرجع سابق ، ص٩٠.

(٤) المباركفورى، تحفة الأحوذى بشرح الترمذى، المدينة المنورة، ط٢ ، ١٩٦٥، جـ٤،ص٥٤٤.

(٥) الحسبة إحدى الولايات العامة المنوطة بولى الأمر يتعين عليه القيام بها أو اسنادها إلى من ينوب عنه فهى منصب دينى من قبيل القضاء وكان يطلق على متولى الحسبة فى مصر اسم المحتسب ويختص بمراقبة أحكام العقيدة والمعاملات المالية والأحكام الخاصة بعلاقة الفرد بالدولة وحقوقه وواجباته ...د/ فخرى عبد الرازق الحديثى : مؤسسات العدالة الجنائية فى التشريع الإسلامى " سلسلة الدفاع الاجتماعى ، ١٩٨٢ ، ع٤ ، ص١٤٣

د / سهام مصطفى أبو زيد : " الحسبة فى مصر الإسلامية " ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ ، ص٤١.

أما والى المظالم فهى وظيفة تجمع بين " سطوة السلطنة ونصفة القضاء " وهى ما تعادل النيابة العامة وسلطة الإحالة إلى المحكمة وكان لهذا الوالى البحث والتحرى وجمع الاستدلالات وله توجيه الاتهام والاستجواب ...أبو الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى ، الأحكام السلطانية والولايات المدنية ، دار الكتب العلمية "بيروت" ، ص٧٣.

ولقـــد دعم بعض الفقهاء هذا الدور بقوله " لقد ظن البعض أن الحسبه نظام إسـبـلامي دخـــل ذمـــة الـــتاريخ وإحتوته أسفار الماضى فلم يعد له أثر فى العصر الحاضــر " وهذا الظن غير صحيح ، فالحسبه مازالت قائمة وإن اختلفت تسميتها ، وتبـــين شـــخص متولـــيها ، ويكفى تدليلا على صحة هذه الحقيقة إلقاء نظره على الإختـــصاصات المـــوزعة بين سلطات الدولة ما بين شرطة ، نيابة عامة ، وزارة التموين ، ......الخ لقد تقاسم هؤلاء جميعاً صلاحيات المحتسب[1].

(١) د/ عـــصام زكـــريا عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص٥٣ –الغزالى : " إحياء علوم الدين " ، مؤسسة الحلبى وشركاه، ١٩٦٧ ، جـــ٢ ، ص٤٢٨.

المطلب الثانى

المبادئ العامة التى تحكم مرحلة جمع الاستدلالات

تحكـم إجـراءات الاستدلال المختلفة مبادئ عامة متمثلة فى عدم المساس بحـريات الأفراد ومشروعية وسائل الاستدلال وسنبحث هذين المبدأين ثم نبين حق المشتبه فيه[1] فى الإستعانة بمحامى خلال هذه المرحلة على النحو التالى .

١٣٦- (أولا) : خلو أعمال الاستدلال من القهر والإجبار.

تتميـز أعمـال الاستدلال بتحررها عن القهر والإجبار الذى يفرض على المـتهم او الشهود ذلك أنها فى جوهرها مجرد " جمع معلومات " بأساليب مشروعة ولا تـنطوى علـى خرق للحريات أو مساس بحق ما[2] فالقانون حدد وسائل القهر والإجـبار وحـدد حـالات استعمالها وشروط هذا الاستعمال ولم يجعل من ضمن إجراءات الاستدلال ما يتسم بسمة القهر والإجبار[3] .

---

(١) أطلـق القـضاء المـصرى لفظ المتهم على كل شخص كان محلاً لإجراءات الاستدلال أو التحقـيق أو المحاكمة فعرفت المحكمة العليا المتهم بانه هو من وجه اليه الاتهام من أى جهة بارتكـاب جريمة معينة فلا مانع قانوناً من ان يعتبر الشخص متهماً أثناء قيام رجال الضبطية القضائية بمهمة جمع الاستدلالات مادامت قد حامت حوله الشبهات بان له ضلعا فى الجريمة التى يجمع بصددها الاستدلالات.

(نقض ١٩٦٦/١١/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض ، س١٧ ، رقم ٢١٩ ، ص١١٦١ -نقض ١/٢/ ٧٧ ، س٢٨ ، رقم ١ ، ص٥ ، نقض ٨١/٣/١٩ ، س٣٢ ، رقم ٤٣ ، ص٢٥٣)

كمـا عرفت محكمة القضاء الإدارى المشتبه فيه بانه كل من تحوم حوله شبهات توحى بانه خطر علـى الأمن والنظام ...القضية رقم ٨٨٠ لسنة ٦ قضائية بتاريخ ١٩٥٦/٣/١٨ ...مشار الـيه د/ أسـامة عبد الله قايد ، حقوق وضمانات المشتبه فيه فى مرحلة الاستدلال " دراسة مقارنة " ، مرجع سابق ، ص٣٦.

(٢) د/ محمـود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٢٤ - د/ أسامة عبد الله قايد ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، جـ١ ، ص١٠٤.

- DEJEAN (Oscar), traité théorique et pratique des expértise , Paris, 3 em édetion 1897, No.1116. P. 550.

(3)Vouin (Robert) et leaute (jacques) ; droit pénal et criminologie, Paris , 1956, P. 400.

يبنـى علـى ما سبق انه لا يجوز لمأمور الضبط القضائى التعرض لجسم المـشتبه فـيه رغمـا عن إرادته لأن ذلك أمراً ينطوى على قهر وإجبار لا يجوز اللجـوء إلـيه فى مرحلة جمع الاستدلالات إلا برضاء من الخاضع له. تطبيقا لذلك قضى بأنه " من المقرر أن الفصل فى قيام المبرر للاستيقاف أو تخلفه وتقرير الصلة بـين هـذا الإجراء وبين الدليل الذى تستند إليه سلطة الاتهام أياً ما كان نوعه من المـسائل الموضوعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب. غير أن ذلك مـشروطاً بأن تكون قد التزمت الحقائق الثابتة بالأوراق .... وإذا كان البين مما سـبق أن الحكـم المطعون فيه استند إلى توافر ظرف الليل فى القول بقيام المبرر للاستيقاف ..فانه يكون معيبا بالخطأ فى الإسناد[١] .

كما أنه من المقرر أيضاً أنه لا يضير العدالة إفلات مجرم من العقاب بقدر ما يضرها الافتئات على حريات الناس والقبض عليهم بدون وجه حق[٢] أما إذا كان الإجـراء الذى اتخذه مأمور الضبط خلال مرحلة جمع الاستدلالات لا ينطوى على تعـرض لحرية المشتبه فيه الشخصية فإنه يكون صحيحاً وتطبيقاً لهذا أقضى بأنه " تـوجه الضابط إلى الطاعن وسؤاله فى نطاق جمع الاستدلالات لا يتضمن تعرضا مادياً ولا قبضاً "[٣] .

كمـا أنـه لا يجوز لمأمور الضبط القضائى – فى مرحلة الاستدلال – أن يفتش مسكنا إلا برضاء حائزة لأنه من المبادئ المقررة أن للمنازل حرمة فلا يجوز دخولها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وأن دخولها فى غير هذه الأحوال هو أمر

---

(١) نقـض ١٩٦٦/٥/١٦ ، أحكام النقض ، س٣٦ ، رقم ٤٠٥ ، ص٦١٣ – ٨٧/١٢/٢٣ ، س ٣٨ ، رقم ٣١٠٠، ص١١٣١ –٩٨/١١/١٠ ، س٤٩ ، رقم ١٧٤ ، ص١٢٥١.

(٢) ن ومـن بين النصوص الدستورية العربية التى قررت صراحة " الحق فى حرمة المسكن " المواد ٤٤ من الدستور المصرى الدائم لعام ١٩٧١ ، والمادة ٢٢/ ج من الدستور العراقى ، ٣٦ مـن الدسـتور المـؤقت لدولة الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١ ، والمادة ٣١ من الدستور السورى ، ٤٢ من الدستور اليمنى.

نقض ١٩٦٦/٥/١٦ ، أحكام النقض ، س٣٦ ، رقم ٤٠٥ ، ص٦١٣ – ٨٧/١٢/٢٣ ، س٣٨ ، رقم ٣١٠٠، ص١١٣١ –٩٨/١١/١٠ ، س٤٩ ، رقم ١٧٤ ، ص١٢٥١.

(٣) نقض ١٩٩٨/٣/١٠ ، أحكام النقض ، س٤٩ ، رقم ٥٣ ، ص٦٧.

محظـــور يقضى بذاته إلى بطلان التفتيش[1] وقد توسع المشرع العقابى فى مدلول كلمـــة المسكن المشمول بالحماية حيث بسط حمايته تجريماً وعقاباً وإجراءات على كافـــة الأماكن التى يقيم بها الأفراد ويتخذونها مقراً خاصاً لهم سواء بصفة دائمة أو مؤقـــتة أو سواء كانوا شاغلين لها بوصفهم ملاكا أو مستأجرين ، ويأخذ نفس حكم هـــذه الأمـــاكن مـــن حيث تجريم دخولها بغير إذن شاغليها غير ذلك من الأماكن المتصلة والملحقة بها[2].

وتطبـــيقاً لهـــذا " انـــه من المقرر أن إيجاب إذن النيابة فى تفتيش الأماكن مقـــصور على حالة تفتيش المساكن وما يتبعها من الملحقات لأن القانون إنما أراد حماية المساكن فقط ومن ثم فتفتيش المزارع بدون إذن لا غبار عليه إذا كانت غير متصلة بالمسكن [3].

ونستخلص من ذلك أن الإجراءات التى يقوم بها مأمور الضبط القضائى من خلال أعمال الاستدلال تتصف بعدم القهر لأنها لا تعطى للقائمين بها أية سلطة ولا تفرض على المواطنين أى واجب[4].

وفـــي نطـــاق التـــشريعات العربية نجد أن بعضها رخص لمأمور الضبط القـــضائى الاســـتعانة ببعض إجراءات الاستدلال التى تنطوى على مساس بالحرية

---

(١) ومن بين النصوص الدستورية العربية التى قررت صراحة " الحق فى حرمة المسكن " المواد ٤٤ من الدستور المصرى الدائم لعام ١٩٧١ ، والمادة ٢٢/ ج من الدستور العراقى ، ٣٦ من الدســـتور المـــؤقت لدولـــة الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١ ، والمادة ٣١ من الدستور السورى ، ٤٢ من الدستور اليمنى.

(٢) انظـــر فـــى تحديـــد مدلول " المسكن " محل الحماية الجنائية كلا من ...د / محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص٤٨٩ .
- د/ رؤف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى ، دار الجيل للطباعة ، ط١٣ ١٩٧٩ ، ص٣٢٥ – د/ عمـــرو إبراهيم الوقاد ، الحماية الجنائية للحقوق المادية للإنسان ، مجلة روح القوانين ، بدون سنة ، ١٩٩٤، ع١٠ ، ص٧٠.

(٣) نقض ١٠/١١/٨٣ ، أحكام النقض ، س٣٤ ، رقم ٢١٧٤ ، ص٩٤٠ – ٢/٦/١٩٨٥ ، س٣٦ ، رقم ١٣٤٧ ، ص٤٦٢.

(٤) نقض ٢٥/١٠/١٩٣٧ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـــ٤ ، رقم ١٠٣ ، ص٨٨ – ......د/ إبـــراهيم حامـــد طـــنطاوى ، التحقيق الجنائى من الناحيتين النظرية والعلمية ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٩٩ ، ص٦١.

الشخــصية . القانــون الجزائرى والمغربى حيث أجاز مباشرة التحفظ الشرطى فى مرحلة جمع الاستدلالات (٦٥ أ. ج جزائرى ، ٨٢ أ. ج مغربى)[١].

وفــى فرنــسا : لم يتم تنظيم مرحلة جمع الاستدلالات فى تحقيق الجنايات الفرنسى الملغى إلا أنه من المستقر هو تجرد إجراءات الاستدلال من عنصر الإجبار غير انه فــى بعــض الحـــالات فإن المصلحة تقتضى منح مأمورى الضبط القضائى بعض الإجراءات التى قد تنال من الحرية الشخصية للمشتبه فيه وتطبيقاً لهذا أجاز المشرع الفرنسى للشرطة القضائية وضع الشهود والمشتبه فيهم تحت التحفظ الشرطى خلال مــرحلة التحقــيق الأولـــى[٢] . ألا انـــه فى ظل قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى المعــدل بقانون ١٥ يونيـــه لسنـــة ٢٠٠٠ لم يعد من الجائز اللجوء للاحتجاز فى مـــواجهة الشهود الحقيقيين "Témoins réels" أى فى مواجهة الأشخاص الذين لا تـــوجد أيـــة شبهات على تورطهم[٣] كما ليس لمأمور الضبط القضائى عند مباشرة التحقــيق الاســتدلالى أن يلجــأ إلى وسائل تنطوى على مساس بالحرية الشخصية للمشتبه فيه رغماً عنه فليس له مثلا تفتيش مسكن المشتبه فيه فى غير الحالات التى حددها القانون ما لم يكن ذلك برضائه[٤].

وبالنــسبة للــشريعة الإســلامية فقد جاء المبدأ العام للتجريم والعقاب على حـــالات المـــساس بالحـــرية الشخصية والحق فى الحياة متمثلاً فى الحديث النبوى الــشريف عـــن رسول الله – صلى الله عليه وسلم إنه قال " كل المسلم على المسلم حـــرام دمـــه وعرضـــه وماله " وهو ما يصدر انعكاساته بصورة دامغة فى ميدان العقـــاب على الانتهاكات لحرمة الحياة الخاصة والحرية الشخصية للناس ممثلة فى الاعتراف بمشروعية القصاص " بشأن كل من أعمال التعذيب والاعتداء الجسمانى والمعاملـــة غيـــر الإنـــسانية الناتج عنها فقد الحياة بالقتل أو الإيذاء البدنى بأحداث الجروح جـــزاء وفاقا لها .

ولا تكتفـــى الشريعة الإسلامية بتقرير الحق فى الحرية الشخصية بل تقرر

---

(١) د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، سلطان مأمور الضبط القضائى ، مرجع سابق ، ص٢٢١.

(2) Besson (Antonen), La Police Judicaire et la cadre de procédure pénalé, D. 1958.
Chron. 137, No. 48.

(٣) د/ محمود كبيش ، مرجع سابق ، ص٦٢.

(4) Cass Crim, 12 Mai 1923, D. 1924, 1.174.

ايضا الحق فى حرمة المسكن وهذا ثابت فى قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون ، فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ، وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم)(١).

ومن الأحاديث النبوية الشريفة فى هذا الصدد ما رواه أنس بن مالك رضى الله عنه من أن أعرابيا أتى باب النبى – صلى الله عليه وسلم -فجعل عينيه على ثقب الباب وأخذ يتلصص فرآه النبى فأخذ عودا مدبب الرأس فدفع به من خلال ثقب الباب تجاه عين الرجل فأحس به وانكفأ بسرعة حتى أخطأ العود عينه ، ثم قال عليه الصلاة والسلام " لو أعلم أنك تنظر لطعنت بها فى عينيك ، إنما جعل الإذن من أجل النظر "(٢).

١٣٧- (ثانيا) : تقيد مأمور الضبط بالشرعية الإجرائية :

خول القانون مأمورى الضبط القضائى سلطة اتخاذ إجراءات معينة بقصد تمكينهم من أداء وظيفتهم فى الاستدلال فأجاز لهم سماع الشهود وسؤال المتهم

---

(١) الأيتان ٢٧ ، ٢٨ من سورة النور ، ......ويستثنى من شرط الأذن حالات ثلاثة هى وجود ضرورة او معصية ظاهرة أو للقبض على مجرم فار يخشى إفلاته او هربه ، فيمكن فى هذه الحالات دخول المسكن دون أذن مسبق من صاحبه أو أهله ...د / ممدوح خليل بحر ، حماية الحياة الخاصة فى القانون الجنائى " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٣ ، ص٥٢ -محمد بدر المنياوى ، الإطار العام لمعالجة حقوق الإنسان فى نطاق الدعوى الجنائية ، المجلة الجنائية القومية ، س٤٠ ، ١٩٩٧ ، ع ١ ، ٢ ، ٣ ، ص٣١.

(٢) أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل بن إبراهيم ، صحيح البخارى ، كتاب الاستئذان ، باب من أطلع فى بيت قوم بغير إذنهم ، مطبعة مصطفى الحلبى ، ١٩٧٣ ، جـ١٠ ، ص١٣. – النووى ، كتاب رياض الصالحين ، باب الاستئذان وآدابه ، ص ٢٩١ .
هذا وحظر الإسلام التجسس والتلصص على البيوت لتتبع عورات الناس وأسرارهم لما فيه من انتهاك لحرياتهم وحرماتهم فيقول الله سبحانه وتعالي (ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا) – سورة الحجرات الآية ١٣ فهذه الآية تقيم سياجاً للمجتمع الفاضل الذى تحترم فيه الحريات وحرمات الأشخاص لكى يعيش الناس فى المجتمع الإسلامى آمنين على أنفسهم آمنين على بيوتهم وأسرارهم وعوراتهم ... د/ حامد عبد الحكيم محمود راشد ، الحماية الجنائية للحق فى حرمة المسكن " رسالة دكتوراه " ، حقوق القاهرة ، ١٩٨٧ ، ص٤٧.
د / حسام الدين محمد احمد ، الأذن بالتفتيش والضبط " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية، ط٣ ، ٢٠٠٣ ، ص١٧.

والإستعانة بآراء الخبراء وإجراء المعاينات. غير أن النص على هذه الإجراءات لم يرد على سبيل الحصر وإنما خصها المشرع بالذكر بالنظر إلى كونها من إجراءات الاستدلال المألوفة. ولهذا يكون لمأمور الضبط أن يتخذ أى إجراء آخر يراه مجديا فى كشف الجريمة وجمع المعلومات عنها بشرط أن يكون هذا الإجراء مشروعاً فى ذاته أى غير منطو على مخالفة للقانون أو منافاة للآداب العامة(1).

ومن الوسائل المشروعة التى يجوز لمأمورو الضبط القضائى الاستعانة بها التخفى وانتحال الصفات حتى يأنس الجانى لهم ويأمن جانبهم(2).

ويعد من قبيل الوسائل غير المشروعة التحريض على ارتكاب الجريمة حيث أن وظيفة الشرطة هى منع وقوع الجرائم ابتداء ثم كشفها بعد وقوعها فيتنافى مع واجبها التحريض على وقوع الجرائم وإلا لأضحى مأمور الضبط المحرض أحد المساهمين فى ارتكاب الجريمة (3) تطبيقا لذلك ذهبت محكمة النقض بأن " مهمة الشرطة الكشف عن الجرائم والتوصل إلى معاقبة مرتكبيها فكل إجراء يقوم به رجالها فى هذا السبيل يعد صحيحا طالما أنهم لم يتدخلوا فى خلق الجريمة بطريق الغش والخداع أو التحريض على مقارفتها " (4). على أن التحريض يكون مشروعاً إذا لم يكن سببا لوقوع الجريمة وإنما مجرد وسيلة للكشف عنها كما إذا تقدم مأمور الضبط القضائى إلى شخص يحوز عملة أجنبية مزيفة بقصد ترويجها وطلب منه أن يبيعه كمية منها قاصداً بذلك اكتشاف حيازته لهذه العملة . وعلى هذا الأساس قضى بأنه متى كان الظاهر أن المتهم كان متصلا بالمخدرات التى اتهم بالاتجار فيها وضالعاً فى إحرازها مع زملائه من قبل أن يتحدث معه فى شأنها مرشد البوليس ، فإنه لا يكون ثمة وجه لما يدعيه المتهم من أن هذا المرشد هو الذى حرضه على

---

(1) د/ عمر السعيد رمضان ، قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، جـ١ ، ص٢٨٣ – د/ رمسيس بهنام ، الاتجاه الحديث فى نظرية الفاعل والفعل والمسئولية، مجلة كلية الحقوق ، ١٩٥٩ ، ع٣ ، ٤ ، ص١٠٤.

(2) نقض ٦٩/٣/١٧ ، أحكام النقض ، س٢٠ ، رقم ٧٣ ، ص٣٣٥ ، – نقض ١٩٧٠/٣/٢ ، س ٢١ ، رقم ٨٣ ، ص٣٣٤ – نقض ٩٨/٢/٢٤ ، س٣١ ، رقم ١٠٦٨ ، ص٢٦٢.

(3) د/ رمسيس بهنام، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٨، جـ٢ ، ص٣١ – د/ محمد أبو العلا عقيدة ، شرح قانون الإجراءات ، دار النهضة العربية ، ط٢ ، ٢٠٠١ ، ص٣٤١.

(4) نقض ١٩٧٦/٥/٢٣ ، أحكام النقض ، س٢٧ ، رقم ١١٧ ، ص٥٢٧ – نقض ١٠/١٥/ ١٩٨٦ ، س٣٧ ، رقم ١٤٧ ، ص٧٦٩.

ارتكـــاب الجريمة إذ تظاهر المرشد بأنه يريد شراء المخدرات من المتهم وتوصله بهذه الطريقة إلى كشف الجريمة ذلك لا يمكن عده تحريضاً على ارتكابها ولا يصح عـــده سببا لبطلان إجراءات التحقيق مادام قبول المتهم بيع المخدر لم يكن ملحوظاً فيه صفة المرشد وكان يحصل لو أن عرض الشراء كان من غير رجال البوليس[1].

وخاتمـــة القـــول ، يتبـــين أن إجـــراءات الاستدلال لا تمس الأشخاص فى حرياتهم وأن القوانين لم تقر لمأمور الضبط حال مباشرته لها سلطة الإكراه والقهر ولم تحط إجراءات الاستدلال فى الوقت ذاته بالضمانات والشكليات التى تطلبتها فى إجـــراءات التحقيق بل سكتت عن النص عليها الأمر الذى يستوجب تدخل تشريعى أكثـــر تفـــصيلا لتنظيم مثل هذه الإجراءات وما يهمنا بحثه فى هذا المجال هو حق استعانة المتهم بمحامى فى هذه المرحلة على نحو ما سيأتى.

١٣٨ـ حضور المرافع فى مرحلة الاستدلال :

تباينت الآراء والتشريعات حول حق المتهم فى الاستعانة بمحام أثناء مرحلة الاستدلالات بين مؤيد ومعارض ، وبين تشريع يؤكد وتشريع يمنع وآخر يسكت عن ذلـــك. فمـــا يعتبره المعارضون أن مرحلة الاستدلالات ليست إجراء تحقيق وليست مـــرحلة من مراحل الدعوى حتى يمكن الاستعانة بمحام[2] بينما يعتبر المؤيدون أن ذلـــك حقـــاً من حقوق الإنسان لا يجب أن نغفله لما لهذه المرحلة من دور هام فى الشرارة الأولى للدعوى الجنائية التى قد تؤدى بمتهم برئ إلى غياهب السجن[3].

ودراســـة مـــدى الإستعانة بمدافع من عدمه خلال هذه المرحلة تقتضى أن

---

(١) نقـــض ١٩٤٤/١١/٢٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـــ٦ ، رقم ٣٩٩ ، ص٥٣٤ – نقض ١٩٤٨/١٠/١٨ ، جـــ٧ ، رقم ٦٥٨ ، ص١٢٩ – .... وتعد إجراءات الاستدلال غير مـــشروعة إذا استهدف القائم عليها تحقيق غرض أخر غير ما حدده القانون لها وتطبيقا لهذا قـــضى بان " بحث الضابط عن سلاح مع المتهم ... عند تفتيشه له تفتيشا وقائيا أو عن أشياء قد تساعده على الهرب أن يقوم بالبحث عن ذلك داخل علبه ثقاب ...
... الأمر الذى يكون معه الدفع ببطلان التفتيش سديداً ... نقض ١٩٨٧/١٢/٢٤ ، أحكام النقض ، س٣٨ ، رقم ٣٢٠٠ ، ص١١٣٩.

(٢) لـــم يتطلب القانون أن يحضر الى جانب المتهم – فى مرحلة الاستدلال – المدافع عنه فالمادة (٧٧ أ. ج) يقتـــصر نطاقهـــا علـــى التحقيق الابتدائى ومن ثم لا سريان لها على مرحلة الاستدلال ... من انصار هذا الاتجاه د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٢٥ .

(٣) د/ حـــاتم بكار ، حماية حق المتهم فى محاكمة عادلة ، منشئة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ ، ص ٢٤٨ .

نتعـــرض لموقـــف الدساتير وقوانين الإجراءات الجنائية والشريعة الإسلامية على النحو التالى.

وقـــد نادت العديد من الحلقات الدراسية بضرورة استعانة المشتبه فيه بمحامٍ فى جميع مراحل الدعوى الجنائية ابتداء من لحظة استدعائه لسماع أقواله(١) وأوصى بـــذلك مؤتمـــر الجمعية الدولية لقانون العقوبات الذى عقد فى مدينة هامبورج سنة ١٩٨١ وكـــذلك مؤتمـــر الأمـــم المـــتحدة الخامس الخاص بمنع الجريمة ومعاملة المذنبين(٢).

وبالنسبة للدساتير نصت م ٦٩ من الدستور المصرى لعام ١٩٧١ على أن " حـــق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول " .....وفقا لهذا النص فإن الدستور يقرر حق الـــدفاع للشخص آيا كانت صفته فى الواقعة سواء بنفسه أو عن طريق وكيل(٣) كما تنص م ٧١ من نفس الدستور على أن : يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض عليه ، أو اعتقاله فورا ، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع ، أو الاســـتعانة بـــه على الوجه الذى ينظمه القانون ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهم الموجهة إليه " نستنتج من هذا النص أن الدستور يخول كل من يقبض عليه أو يعـــتقل حق الاتصال أو الاستعانة بمحامٍ(٤) وتنص المادة - ٣٤ من الدستور اليابانى الصادر فى ١٩٤٦ والتى قضت " بعدم جواز القبض على شخص أو احتجازه دون إبلاغه بحقه فى الاستعانة بمحام فى الحال" كذلك المادة ٢٢ فقرة أولى من الدستور الهـــندى الصادر فى عام ١٩٤٩ التى قررت عدم جواز حرمان المقبوض عليه من حق اختيار محامٍ لاستشارته والدفاع عنه (٥) .

---

(١) رؤوف عبـــيد، المـــشكلات العلمية الهامة في الإجراءات الجنائية، دار الفكر العربي، ط٣، ذ ٩٨٠، جـ٢، ص ٥٢٩.

(٢) راجـــع التقريـــر المقدم بعنوان " التشريع الجنائى والإجراءات القضائية والأشكال الأخرى للضبط الاجتماعى فى مجال منع الجريمة ، المجلة العربية للدفاع الاجتماعى ، ع٧ ، ص٥٥ – د/ إبراهيم حامد مرسى ، مرجع سابق ، ص٢٣٥.

(٣) د/ آمـــال عـــبد الـــرحيم عثمان ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مطابع الهيئة المصرية العامة، ١٩٩٠ ، ص٥٤٣.

(٤) د / أحمد ماهر زغلول ، الدفاع المعاون ، مكتبة سيد عبد الله ، ١٩٨٦ ، جـ١ ، ص٤.

(٥) د / إبراهيم حامد مرسى ، مرجع سابق ، ص٢٣٦.

وفــي نطــاق قوانين الإجراءات الجنائية نصت المادة ٧٧ على أن " للنيابة العامة وللمتهم وللمجنى عليه وللمدعى بالحقوق المدنية وللمسئول عنها ولوكلائهم أن يحــضروا جمــيع إجــراءات التحقيق ... " فى ضوء هذه المادة فقد خول المشرع للخــصوم الحــق دائما فى استصحاب وكلائهم فى التحقيق ما لم تستدع الضرورة عكس ذلك. وفى حالة الاستعجال إذا عرف المحامى موعد ومكان الإجراءات جاز له الحضور دون أن يجوز للمحقق منعه من الحضور استناداً إلى حالة الاستعجال . وهذا النص يتعلق بالتحقيق الإبتدائى دون مرحلة جمع الاستدلالات (١) .

وإلى هذا يتجه الرآى السائد فى الفقه الفرنسى(٢) . وينتقد البعض من الفقهاء المــصريين هــذا الاتجــاه استناداً إلى انه يتنافى مع المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائــية التــى تفسح المجال للاستعانة بمحام فى مرحلة التحقيق ، فحكمها ينسحب

---

(١) د / محمــود أحمد طه ، حق الاستعانة بمحام أثناء تحقيقات الشرطة القضائية ، دار النهضة العربية ، ط٢ ، ١٩٩٩ ، ص٤٦.

(2) Merle (Rogre); La rôle de La défênse , en procedure pénale compàre , Rev. Sc.
Crim, 1970 , p. 3

- Stefani (G). Levasseur (G) et Bouloc, procédure Pénale , Dalloz , 18 éd. 2001, No 412, P. 373.

كما قضت محكمة النقض ببطلان الاستجواب الذى اجراه قاضى التحقيق فى غير حضور محامى المــتهم رغــم طلب المتهم حضور المحامى معه واستندت فى ذلك الى وجود حالة استعجال الأمر الذى يجعله مشروعاً.

- Cass Crim, 12-3-1973, D, 1973 – 3. 38, note, P.E
- Cass Crim, 27-4-1899., S, 1900 . 1. 425, note – R oux.
- إلا أن هــذا الأمــر غير مطبق فى بعض الدول الأجنبية مثل المانيا والولايات المتحدة الامــريكية حــيث يعطــى للمحامــى الحق فى الحضور مع المتهم خلال مرحلة جمع الاستدلالات وحقه فى الدفاع عنه وإبداء ما يشاء من اعتراضات.
- VROOM Cvnthia , La Liberté individuelle au stade de l' enquête de police en France et Etats – units, Rev. Sc. Crim. 198. P. 487.
- الا أنــه أخيــراً وأعمالاً لنص المادة ٦٣-٤ إجراءات فرنسى والمعدل بقانون ٤ يناير ١٩٩٣ أصــبح تدخل المحامى يبدأ من مرحلة جمع الاستدلالات ومن الممكن للمتهم أن يعين محامى أو أن يطلب من مكتب نقيب المحامين أن يعين له محامى والمحامى المعين مــن الممكن أن يجتمع مع المحتجز – (المادة ٦٣-٤ البند الثالث) خلال مدة محددة لا تتجاوز ٣٠ دقيقة (المادة ٦٣-٤ البند الرابع) ....
- Stefani, levasseur, et Bouloc, OP. Cit, No 422. P. 383.

كـــذلك على مرحلة جمع الاستدلالات لأن التحقيق بمعناه الواسع يشمل هذه المرحلة واســـتناداً كـــذلك إلى أن هذه المادة ينسحب حكمها من باب أولى على مرحلة جمع الاستدلالات[1] .

كمـــا نـــصت المـــادة ١٢٤ أ. ج على انه " فى غير حالة التلبس ، وحالة السرعة بسبب الخوف من ضياع الأدلة لا يجوز للمحقق فى الجنايات أن يستجوب المـــتهم أو يواجهه بغيره من المتهمين أو الشهود إلا بعد دعوه محاميه للحضور إن وجـــد ...... " يتعلق هذا النص بإجراء استجواب المتهم دون غيره ، ويوجب على النـــيابة تمكين المتهم من هذا الحق فى الجنايات دون غيرها من الجرائم الأخرى . وذلك ما لم تستدع الضرورة غير ذلك وكذلك فى حالة التلبس[2] ولا يتعلق هذا النص بأعمـــال الشرطة القضائية لأنه لا يجوز لها استجواب المتهم إلا فى حالة الضرورة فقط. وهو ما استثناه المشرع من وجوب السماح للمتهم باصطحاب محام معه.

ويـــرى بعض الفقه أن هذه الضمانة لا تعد كونها ضمانة شكلية نظراً لتعذر توافـــر الشروط الثلاثة التى وضعها المشرع كى يمكن المتهم من اصطحاب محام معه فى التحقيق[3]

وقد أرست المادة ١٢٥ أ. ج مبدأ قانونيا هاماً يتعلق بعدم جواز الفصل بين المـــتهم ومحامـــيه" ... وفـــى جميع الأحوال لا يجوز الفصل بين المتهم ومحاميه الحاضـــر معه أثناء التحقيق " وبموجب هذه المادة لا يجوز للمحقق أن يحول دون

---

(١) د/ رءوف عبـــيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، دار الجيل للطباعة ، ط١٦ ، ١٩٨٥ ، ص ٣٠٩ – د/ عبد الرءوف المهدى ، القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ ، جـــ١ ، ص٢١٣.

(٢) د/ حسن صادق المرصفاوى ، أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، ١٩٨٢ ، ص ٣٤٦.

(٣) ويـــذهب رأى بوجوب دعوة المحامى لحضور الاستجواب فى الجنح أيضاً خاصة أن بعض الجـــنح تكـــون من الأهمية من حيث قوتها ويستندون فى ذلك إلى أن المادة ١٢٤ أ. ج قبل تعـــديلها كانت تمنح المتهم هذا الحق فى الجنح أيضا بجانب الجنايات ...... د/ محمود احمد طه ، مرجع سابق ، ص٤٧.

حـضور محامـــى المتهم أمامه[1] وهذا الإلزام لا يعنى منع جواز حضور محامى المتهم فى مرحلة الاستدلال .

وبالنـسبة للشريعة الإسلامية فإن مبدأ حق المتهم فى الاستعانة بمدافع كان قائمـاً قبل ظهور الإسلام كما أن الشريعة الإسلامية أقرت هذا الحق فى واقعة قبل الإســلام آتى بها القرآن الكريم فى قوله تعالى على لسان موسى عليه السلام (قال رب إنـــى قتلت منهم نفسا فأخاف أن يقتلون * وأخى هارون هو أفصح منى لساناً فأرسـله معـــى ردءاً يـصدقنى إنى أخاف أن يكذبون * قال سنشد عضدك بأخيك ونجعل لكما سلطاناً فلا يصلون إليكما بآياتنا أنتما ومن اتبعكما الغالبون)[2] .

فــتدل هذه الآيات الكريمات على أن للإنسان أن يستعين بمن يراه فى اتهام موجه إليه ليكون أوضح وأبلغ فى الدفاع عنه.

كمـــا أقــرت الشريعة الإسلامية فكرة الوكالة ويستفاد ذلك من قوله تعالى (فابعثوا احدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه وليتلطف ولا يشعرن بكم أحداً)[3].

وقــوله تعالى (... فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما...)[4] .

وفكـــرة الوكالة فى الشريعة الإسلامية جائزة فى الدعوى المدنية وقد خلت

---

(١) حيث لا توجد مصلحة ما فى فصل الوكيل عن الموكل فى إجراء من الإجراءات فقد يفهم منع المـتهم من حضور التحقيق كيلا يؤثر فى سيره ولكن أى حكمة تدعو إلى منع المحامى من حـضور الاسـتجواب وكيف يتصور تأثيره فى مجرى الاستجواب وهو على صلة بالمتهم ويستطيع الاتصال به ولو كان مسجونا أن يرتب معه قبل الاستجواب الإجابات التى يدلى بها ...... د/ محمـود محمود مصطفى ، سرية التحقيقات الجنائية وحقوق الدفاع ، مجلة القانون والاقتصاد ، س١٧ ، ١٩٤٧ ، ع١ ، ص٢٤.

(٢) سورة القصص ، الآيات (٣٣ – ٣٥)

(٣) سورة الكهف ... آية رقم (١٩) ... قال ابن العربى " هذا يدل على صحة الوكالة ، وهو عقد نيابة أذن الله فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به إذ يعجز كل أحد عن تناول أموره إلا بمعونة مـن غيـره ، فيـستنيب من يريحه ففى الآية دليل واضح على صحة الوكالة .... عبد العزيز حمد آل مبارك الأجسانى ، مرجع سابق ، ص٦٤.

(٤) سورة النساء آية رقم (٣٥)

كتب الفقه عن جواز أن يوكل المتهم غيره فى الدعوى الجنائية إلا أن البعض يرى جــواز أن يــوكل المــتهم غيــره فى الدعوى الجنائية استناداً إلى واقعة اتهام أحد بارتكاب جريمة الزنا مع زوجة مخدومه فى عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - فــوكل رجلا فقيها حسن النطق يشرح لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - تفاصيل الواقعة ويقول هذا الرأى فلو كانت الوكالة لا تجوز لما سمح بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو فى معرض الفصل فى حد من حدود الله(1) .

وقــد وضــع الفقهاء ضابطا لما تجوز فيه الوكالة ، فقالوا : كل عقد جاز أن يعقــده الإنسان لنفسه ، جاز أن يوكل به غيره أما ما لا تجوز فيه الوكالة فكل عمل لا تدخله انيابة مثل الصلاة والحلف والطهارة(2) .

١٣٩ـ رأينــا فــى الموضــــوع :

إذا كانت قرينة البراءة تعنى أن المتهم برئ إلى أن تثبت إدانته فإن المشتبه فــيه (وهو كل من تحوم حوله شبهات) يجب أن يعامل فى مرحلة الاستدلال كأى مــواطن طالما أن القانون لا يمنع المواطن من الاستعانة بمحام فانه يجب أن يسمح للمــشتبه فــيه بالاتصال بمحاميه والاستعانة به عند الحاجة . خاصة وأن مأمورى الضبط القضائى لن يعود عليهم ضرر من السماح لمحامى المشتبه فيه بحضور هذه

---

(1) د/ عــصام زكــريا عــبد العزيز ، مرجع سابق ، ص٢٣٢ ...... والوكالة لا تصح إلا إذا استكملت شروطها وهذه الشروط منها أولا : شروط الموكل :- ويشترط فى الموكل أن يكون مالكــاً للتــصرف فــيما يوكل فيه فإن لم يكن مالكاً للتصرف فلا يصح توكيله ، كالمجنون ، والصبى غير المميز.

ثانيا : شروط الوكيل :- ويشترط فى الوكيل أن يكون عاقلا ، فلو كان مجنون أو معتوهاً أو صبياً غير مميز فانه لا يصح توكيله.

ثالثا : شروط الموكل فيه :- ويشترط فى الموكل فيه أن يكون معلوماً للوكيل ويجرى ذلك فى كل العقود التي يجوز للإنسان أن يعقدها لنفسه ، كالبيع والشراء ، واثبات الدين ، والخصومة و ... وروى الــبخارى عن أبى هريرة ، قال : كان لرجل على النبى- صلى الله عليه وسلم- ســن مــن الإبل ، فجاء يتقاضاه فقال : " أعطوه ". فطلبوا له سنة فلم يجدوا إلا سنا فوقها . فقــال : " أعطــوه " فقــال أوفيتنى أوفى الله لك. قال النبى - صلى الله عليه وسلم - " أن خيركم أحسنكم قضاء " ... السيد سابق ، مرجع سابق ، ص١٢٧.

(2) د / حسن محمد علوب ، استعانة المتهم بمحام فى القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، " حقوق القاهرة " ، ١٩٧٠ ، ص٤٧.

الإجـــراءات إذ يجـــب علــــى مأمـــورى الضبط أن ينظر إلى المشتبه فيه فى إطار الضمانات الدستورية المقررة خاصة وأن قانون الإجراءات قد خلا مما يخالف هذا بنص صريح بل أنه أرسى فى المادة ١٢٥ أ. ج مبدأ قانونياً هاماً يتعلق بعدم جواز الفـــصل بـــين المتهم ومحاميه الحاضر معه أثناء التحقيق حيث لا يمكن القطع بأن المـــشرع أراد قصر هذه القاعدة على التحقيق بمعناه الضيق وأن المعنى الواسع لها يتمـــشى مـــع مصلحة المتهم لأنه وان كان من ضمانات العدالة حضور محامى مع المـــتهم أمـــام ســـلطة التحقيق الإبتدائى فإن ذلك يكون من باب أولى أمام الشرطة القـــضائية وإذا كانت الإجراءات اللاحقة على الاستدلال تخضع لإطار من الشرعية الجنائـــية فإن مرحلة الاستدلال يجب أن تخضع بدورها وبقيود أكثر لهذه الشرعية ولا أقـــل مـــن محام مع المشتبه فيه يراقب الى جانب سلطة التحقيق ضمان تطبيق الشرعية مع الأخذ بعين الاعتبار ما ينص عليه المادة (٢/٥٢) من قانون المحاماه ١٧ لـــسنة ١٩٨٣ والمعـــدل بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٠ "على المحاكم والنيابات ودوائـــر الـــشرطة ومأمـــوريات الشهر العقارى وغيرها من الجهات التى يمارس المحامى مهمته أمامها أن تقدم له التسهيلات التى يقتضيها القيام بواجبه .... " ويضاف إلى ما سبق أن لهذه المرحلة خطورتها باعتبار انه يمكن رفع الدعوى فى مـــواد الجنح والمخالفات بناء على محضر جمع الاستدلالات مما يتعين معه السماح للمحامى بالحضور(١) .

كما أن ذلك لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية على نحو ما أوضحنا سابقاً.

---

(١) وقـــد ذهـــبت محكمة النقض فى حكم لها إلى غير ذلك قد قضت بأن " ما يقوله المتهم بشأن بطـــلان محضر جمع الاستدلالات بسبب أن البوليس منع محاميه من الحضور لا يستند إلى أساس من القانون " .
نقض ١٩٦١/٥/١ ، أحكام النقض ، س١٢ ، رقم ٩٥ ، ص٥١٣

المطلب الثالث
الأهمية القانونية لمرحلة جمع الاستدلالات

١٤٠- التحرى عن الجرائم وكشفها :

عهد القانون إلى مأمورى الضبط القضائى بمهمة جمع الاستدلالات ولكنه لم يخولهم سلطة التصرف فى التهمة بناء على هذه الاستدلالات وإنما أوجب عليهم إرسال المحاضر والأوراق والأشياء المضبوطة إلى النيابة العامة . (م ٢٤ أ. ج). وبعدئذ يكون للنيابة أن تشرع فى التحقيق. إن لم تكن قد بدأته من قبل - أو تطلب ندب قاض لمباشرته أو أكانت الجريمة جناية أو جنحة (٦٣ أ. ح الفقرتان ٣ ، ٤ معدلتان بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢ ، ثم عدلت الفقرة الرابعة بالقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨) كما يكون لها أن تتصرف فى التهمة بغير تحقيق اكتفاء منها بمحاضر جمع الاستدلالات إذا كانت الجريمة جنحة أو مخالفة . ولهذا التصرف صورتان هما إما إحالة الدعوى إلى المحكمة وإما الأمر بحفظ الأوراق [1].

ومن هنا تظهر أهمية هذه المرحلة من الدور الذى تقوم به فى التحرى عن الجرائم وكشفها وغالباً ما يكون القائمين بها (من مأمورى الضبط القضائى) من

---

(1) Merle et vitu, op. Cit., No. P. 1033.

- عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص١٨٧ - د/ محمد ذكى أبو عامر ، الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٤ ، ص١٥٤.

يتجاذب التشريعات الجنائية المختلفة بشأن سلطة النيابة العامة فى الملاحقة الجنائية مبدأن أساسيان هما : المبدأ القانونى والمبدأ التقديرى :- فالمبدأ الأول يفرض على النيابة العامة أن ترفع الدعوى على كل جريمة علمت بها وقد أخذ به كل من التشريع الالمانى والاسبانى واليونانى. أما المبدأ الثانى فيعطى للنيابة حرية تقدير ملاءمة رفع الدعوى أو حفظ الأوراق. وقد أخذ به كل من التشريع المصرى والفرنسى والهولندى وعلى الرغم مما يبدو من بعد شقه الخلاف بين هذين النظامين فإن التشريعات التى أخذت بهما قد تقاربت فيما بينهما حيث ادخل كل منهما على النظام الذى تبناه التعديلات التى تدرأ عيوبه ... د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٥٢ .

د / محمد زكى أبو عامر ، الاثبات فى المواد الجنائية ، العتية للطباعة والنشر ، ١٩٨٥ ، ص١١٦.

غير أعضاء النيابة العامة فهم أول من يتلقون نبأ الجريمة فيتاح لهم جمع المعلومات المتعلقة بها وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية حيث قررت " بأن للمحكمة أن تعـول فـي تكوين عقيدتها على ما جاء بتحريات الشرطة بإعتبارها معززة لما ساقته من أدلة ولها فى سبيل ذلك أن تجزئ هذه التحريات فتأخذ منها ما تطمئن إليه مما تراه مطابقاً للحقيقة وتطرح ما عداه " (١) .

وإجـراءات الاسـتدلال التـي تجمع فى محضر بمعرفة مأمورى الضبط القـضائى ذات أهمـية بالغة ، فكثير من التشريعات لم توجب القيام بتحقيق ابتدائى بمعـناه الـضيق فى جميع الجرائم فقانون الإجراءات الجنائية المصرى يتطلب أن يكـون هـذا التحقيق وجوبياً فى الجنايات وجوازياً فى الجنح والمخالفات حيث يتم التصرف فى المخالفات والجنح بناء على محضر جمع الاستدلالات(٢) بل أن بعض القوانـين أجاز لمأمور الضبط القضائى تحريك الدعوى الجنائية مباشرة وبناء على محضر الاستدلال(٣) ومع هذه الأهمية فليس فى قوانين الإجراءات الجنائية ما يوجب القيام بإجراءات الاستدلال قبل البدء فى التحقيق أى أنها ليست ضرورة قانونية مع أنهـا ضرورة عملية يفرضها الواقع وترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات ذلك أن بعض أعمال التحقيق لا يكون صحيحا إلا إذا سبقته استدلالات فلا يجوز التفتيش

(١) نقض ١٩٧٧/٢/١٤ ، أحكام النقض، س٢٨، رقم ٩٥٥ ، ص٢٤٠ - نقض ١٩٨٠/١٠/٩ ، س٣١ ، رقم ٤١٢ ، ص٧٤٢ - نقض ١٩٨١/٤/١٩ ، س٣٢ ، رقم ٢٦٠٤ ، ص٣٦٦ - نقـض ١٩٨٧/١/٦ ، س٣٨ ، رقم ٣٩٩٨ ، ص٣٨ - نقض ١٩٨٧/٤/٢١ ، رقم ٢٢٥ ، ص٦٢٦ - نقض ١٩٩٧/١/١٢ ، س٤٨ ، رقم ١٢ ، ص٧٩ - نقض ١٩٩٧/٥/١٥ ، رقم ٨٥ ، ص٥٦٤.

(٢) نقض ١٩٣٩/٥/٢٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٤ ، رقم ٣٩٦ ، ص٥٥٧.
نقض ١٩٤٤/١٠/١٦ ، جـ٦ ، رقم ٣٧٤ ، ص٥١٤ - نقض ٧١/٣/٢٨ ، أحكام النقض ، س٢٢ ، رقم ٧٢ ، ص٣١٤ - نقض ٧٣/١١/٤ ، س٢٤ ، رقم ٣٨٨ ، ص٨٩٧.

(٣) مـن القوانـين الإجـرائية الجنائية العربية التى أجازت للنيابة العامة رفع الدعوى بناء على محضر الاستدلال - ٢٠٦ أردنى ، ٤٧ تونس ، ١/٦٦ ، ٢ جزائرى ، ٥/٥١ سورى ، ٥٠ لبنانى ، ٨٤ مغربى.
هذا وقد ثبت فى فرنسا أن ٦٠% من البلاغات تحفظ بناء على جمع الاستدلالات ودون حاجة لإجراء تحقيق ابتدائى.
Larguier (Jean), droit penal et procedure penale paris, 4 em. Edition, 1972, p. 134.

إلا بـناء علـى تحريات جدية بوقوع جناية أو جنحة ونسبتها إلى شخص معين مع إحتمال وجود فائدة من هذا التفتيش[1] .

١٤١ـ أهمية محضر جمع الاستدلالات ونظام الصلح:ـ

أوجبت الفترة الثانية من المادة ١٨ مكرر أ. ج والمضافة بالقانون رقم ١٧٤ لـسنة ١٩٩٨ عرض التصالح على المتهم والمقصود بذلك تنبيه المتهم إلى حقه فى التصالح وبقبوله التصالح تنقضى الدعوى الجنائية الناشئة عن الجريمة التي ارتكبها بدلا من السير فى إجراءات الدعوى واحتمال الحكم عليه بعقوبة.

وقـد فرقت هذه الفقرة بين ما إذا كانت الواقعة مخالفة فيتم عرض التصالح مـن جانب مأمور الضبط وبين ما إذا كانت الواقعة جنحة فيتم عرض التصالح من جانـب النـيابة العامة. وقد بينت المادة طريقة عرض التصالح على المتهم بمعرفة مأمـور الـضبط القضائى " وعلى مأمورى الضبط القضائى المختص أن يعرض التصالح على المتهم أو وكيله فى المخالفات ويثبت ذلك فى محضره ...... " والبين أن مأمور الضبط يتعين عليه أولاً تحرير محضر بالمخالفة [2] ويسأل فيه المتهم عن الواقعة المنسوبة إليه ويستوى أن يقر المتهم بارتكاب المخالفة أو ينكر ارتكابها وبعد ذلـك يعـرض مأمـور الضبط القضائى التصالح على المتهم ويثبت ذلك كتابه فى محضره ثم يثبت رأى المتهم[3] .

---

(١) وتطبـيقا لهذا استقر قضاء البعض " أن كل ما يشترط لصحة التفتيش الذى تجريه النيابة أو تـأذن بإجرائه فى مسكن المتهم أو ما يتصل بشخص هو أن يكون رجل الضبط القضائى قد علم بتحرياته واستدلالاته أن جريمة معينة (جناية أو جنحة) قد وقعت من شخص معين وأن يكـون هـناك من الدلائل والإمارات الكافية والشبهات المقبولة ضد هذا الشخص بقدر يبرر تعرض التحقيق لحريته او لحرمة مسكنه فى سبيل كشف مبلغ اتصاله بتلك الجريمة...
نقـض ١٩٦٦/١/١٧ ، أحكام النقض ، س١٧ ، رقم ١٧٧٠ ، ص٥٠ – نقض ٦٦/٦/٢٠ ، رقم ٩٤١ ، ص٨٥٢ – نقض ١٩٨٩/١٠/٨ ، س٤٠ ، رقم ٢٧٧٤ ، ص ٧٤٢ – نقض ٦/ ٩٧/٧ ، س٤٨ ، رقم ١١٥ ، ص٧٥٧.

(٢) ولا يشترط أن يحرر مأمور الضبط المحضر بخط يده بل يكفى أن يكون تحت إشرافه وتيل بتوقيعه ... نقض ١٩٥٢/٣/٣ ، أحكام النقض ، س٣ ، رقم ٢٨٣ ، ص٧٥٨.

(٣) د / إبراهيم حامد طنطاوى ، الصلح الجنائى ، مرجع سابق ، ص١٢٠ – راجع ما سبق من الرسالة ، ص١٠.

وفـــى فرنـــسا : أجاز المشرع للمتهم الحق فى طلب التصالح وذلك بموجب المادة الأولـــى من القانون رقم ٥١٥ - ٩٩ لسنة ١٩٩٩ ، ويشترط لذلك أن يكون المتهم بالغـــا ، وان يقـــر بارتكاب الجريمة ، وألا تكون الدعوى الجنائية قد حركت ضده بالفعل[١] .

ويعـــرض التـــصالح علـــى المـــتهم بمعرفة أحد مأمورى الضبط القضائى المختصين ينتدب لهذا الغرض ويكون ذلك فى الجرائم التى يجوز فيها ذلك (المادة ٤١ - ٢ إجراءات جنائية)[٢] .

ويتعين على مأمورى الضبط فى هذه الحالة اخطار المتهم بحقه فى ألا يبدى رأيه فى قبول التصالح أو رفضه إلا بعد استشارة محاميه[٣] .

ومتـــى قـــبل المتهم التصالح بشأن الجريمة التى ارتكبها تعين عليه الوفاء بالالتزامات التى حددتها المادة ٤١ - ٢ من قانون الإجراءات وأحد هذه الالتزامات ذو طبـــيعة مالـــية تتمثل فى دفع مبلغ معين من النقود فإذا كانت الجريمة جنحة فلا يـــزيد المـــبلغ عن ٥٠٠٠٠ فرنك ، فإذا كانت مخالفة فلا يزيد عن ٢٥٠٠٠ فرنك ويجـــوز النـــزول بالحد الأقصى للغرامة تبعاً لخطورة الجريمة أو تبعا لالتزامات المتهم[٤] .

١٤٢- الانتقادات الموجهة إلى مرحلة جمع الاستدلالات .

انـــتقدت هـــذه المرحلة باعتبار أن القائمين عليها تسيطر عليهم الرغبة فى كشف الحقيقة مما يخشى معه على الحريات الفردية[٥] ز

---

(1) Barricand (J) et simon (A.M) , droit pénal, procédure pénale, dalloz , 2 éd, 2000 , P. 235 .

(2) Guninchard (serge) et Buisson (Jacques) , Procédure pénale, litec, 2000 , P. 1326 .

(3) Conte (P) et chambon (P. M), Procédure pénale, armand colin, 3 éd. 2001, P.210

(4) Guinchard (S) et Buisson (J), procédure pénale . Litec , 2000, No 403, P. 503

(٥) وتطبـــيقا لهـــذا قضت محكمة أمن الدولة العليا - فى حكمها الصادر فى ٣٠ سبتمبر ١٩٨٤ (فى قضية الجناية رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ أمن دولة عليا المعروفة باسم قضية تنظيم الجهاد) ... ثـــم اردفت المحكمة باعلانها انها تستبعد الدليل المستمد من أقوال من ثبت الاعتداء عليه من المتهمين بمحاضر الضبط المتضمنة إقرارات منهم بارتكاب الأفعال المنسوبة اليهم ، لأن هذه الإقرارات وليده إكراه مادى ومعنوى وليست إرادة حرة " ... مزيد من التفصيل راجع - د / عمر الفاروق الحسينى ، مرجع سابق ، ص٥.

وهـذا الانتقاد مردود عليه بأن الرقابة التى تباشرها النيابة العامة والهيئات الأخـرى تقلـل من الإنحراف فى إجراءاتهم وتجعلهم يفكرون كثيراً قبل أن يقدموا على إرتكاب أعمال غير مشروعة بل أن القوانين الوضعية قررت جزاءات تأديبية بجانب العقوبات الجنائية فى حالة ما إذا كان الفعل المرتكب يشكل جريمة(١).

وفـى فرنـسا صـدر قانون ٢٥ مارس ١٩٣٥ الذى حظر ندب مأمورى الضبط القـضائى لاسـتجواب المـتهم . حـيث نصت المادة ١٥٢ منه على أن " الإنابة القضائية لا يجوز أن تكون لغير قاض فيما يتعلق بالاستجواب " (٢) .

وهـذا الحظر المنصوص عليه فى المادة ١٠٥ لا يطبق فى مرحلة التحقيق الأولـى ، بمعنـى أن توافر دلائل خطيرة ضد شخص تبرر اتهامه لا تحول دون

---

(١) إذا نسب لرجل الشرطة خطأ تأديبى كعدم الالتزام بالتعليمات أو إتيانه بعض التصرفات التى يحظـرها القانـون او سـلوكه سلوكاً معيبا ، أو خروجه على مقتضى الواجب الوظيفى فإنه يجرى معه تحقيقا إدارياً وفقا لضوابط القرار الوزارى رقم ٦٧١ لسنة ١٩٧٣ " ... على أن يتولى مفتشو الإدارة العامة التفتيش والرقابة والتحقيق مع الضابط برتبة العميد فأعلى أو من يند بهم وزير الداخلية لذلك " ...... د/ رءوف عبيد ، مبادئ القسم العام من التشريع العقابى المصرى ، مطبعة نهضة مصر ، ١٩٧٥ ، ص ٤٢٩ .

- عاطـف فؤاد صحصاح ، الوجيز فى تأديب أعضاء هيئة الشرطة ، دار منصور للطباعة ، ٢٠٠٠ ، ص٢٨.

وقـد نـصت المادة ٥٣ من قانون هيئة الشرطة رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ " للوزير او مساعد الوزيـر او رئـيس المصلحة كل فى دائرة اختصاصه ان يوقف الضابط احتياطياً عن عمله ...... ولا يجوز أن يزيد الوقف عن شهر إلا فى حالة اتهام الضابط فى جناية او جنحة مخلة بالـشرف والأمانـة ...... " وبالنسبة لمندوبى ومراقبى الشرطة يكون الوقف من اختصاص رئيس المصلحة ... طبقا لنص المادة ٨٧ من قانون هيئة الشرطة ...... د/ مجدى احمد فتح الله حسن ، مرجع سابق ، ص٣٩٨.

(2)Cass Crim, 17 Juin 1964, J. G. P. 1965. 2. 14028

وتـشترط محكمة النقض الفرنسية ضم الأوراق والمحاضر مع طلب الاتهام المبدئى الذى يصدره نائب الجمهورية ويطلب فيه من قاضى التحقيق القيام بأعمال التحقيق الابتدائى لفتح تحقيق فى القضية.

Cass Crim, 29 Mai, 1957, Bull. Crim. No. 459.

فـإذا لم ترفق النيابة أعمال التحقيق الابتدائى مع قرار الاتهام فإن ما يقوم به قاضى التحقيق من إجراءات تكون باطلة.

Cass Crim, 6 Juillet 1955, J. G. P. 1955- 11- 8912.

استدعاء هذا الشخص وسماع أقواله كشاهد [1] .

على أنه لا يكفى لتطبيق الحظر المنصوص عليه فى المادة ١٠٥ أن تتوافر مجـرد شـبهات ضد شخص على أنه ساهم فى ارتكاب الجريمة فمجرد الاشتباه لا يكفـى لتطبـيق الحظـر المنصوص عليه في هذه المادة وإنما يتعين أن تكون هذه الشبهات قوية وهو ما عبر عنه المشرع بالدلائل الخطيرة [2].

وهكـذا يتبين لنا أن القانون قد فرض على مأمور الضبط القضائى واجبات فـى أعمـال الاسـتدلال تتخذ لحماية حقوق المجتمع من شر الجرائم التى يرتكبها الخارجـون عـنه ، فإن حقوق الإنسان عموماً وحسب المواثيق الدولية والدساتير وقوانين الإجراءات الجنائية يجب أن تكون فى الاعتبار سواء كان هذا الإنسان بريئاً أو مـتهماً وإذا كانـت القوانـين قد أعطت لمأمور الضبط قدراً معيناً من السلطة التقديرية فى كيفية الاستدلال حيث يجب أن تقوم أعمال الشرطة على الاستدلال دون تعسف وإكراه من جانبها فالرابطة القانونية الموجودة بين الشرطة والدولة والشرطة والإنسان يجب أن تتسم بروح المحافظة على حقوق الجماعة والمحافظة على حقوق الدولة دون تعسف من جانب الشرطة تجاه المتهم وعلى ذلك سوف نلقى الضوء فى مبحثنا التالى عن اختصاصات مأمور الضبط فى هذه المرحلة.

---

(1) Cass. Crim ; 27 Juill 1964 ; J .G . P. 1964 . 2 : 13941 ; note le clére ; Rev . Sc. Crim 1965 ; 149 ., ops. J .R obert .

(2) فـى ٢٢ أغـسطس سنة ١٩٥٨ أصدر المشرع مرسوماً يميز فيه صراحه بين المشتبه فيه والمـتهم ، وبين المرحلة السابقة على الاتهام ومرحلة الاتهام وأطلق عليها الاشتباه ووصف الـشخص فيها بالمشتبه فيه اى من تتوافر قبله دلائل أو إمارات قوية تسوغ اتهامه بارتكاب جـريمة ... د/ أسـامة عبد الله قايد ، حقوق وضمانات المشتبه فيه فى مرحلة الاستدلال ، مرجع سابق ، ص ٤١ – د/ إبراهيم حامد مرسى ، سلطات مأمور الضبط القضائى ، مرجع سابق ، ص ٥٤٢ .

المبحث الثاني

اختصاصات مأموري الضبط في مرحلة الاستدلال

١٤٣ـ تمهيد وتقسيم :ـ

المشرع في تحديده لاختصاصات مأمور الضبط في مرحلة الاستدلال يجري التوازن الضروري بين حماية الحرية الشخصية وما يتعلق بها من حقوق الإنسان وحماية المصلحة العامة بتنقيته الجماعة من العابثين والخارجين عن النظام العام ونظام الأمن وبدون هذا التوازن لن تتحقق حماية الحرية وحقوق الإنسان بوصفها أساساً للشرعية الإجرائية . والمشرع وحده هو صاحب الاختصاص في وضع حدود ممارسة حريات الناس وحقوقهم.

وإذا كان الغرض من إجراءات الاستدلال هو جمع المعلومات المتعلقة بالواقعة الجنائية ومرتكبيها فقد أشارت التشريعات الوضعية إلى اكثر إجراءات الاستدلال وقوعاً من الناحية العملية على نحو ما جاء بالمادتين ٢٤ ، ٢٩ إجراءات جنائية مصري والتي يفوض مأمور الضبط القضائي باختصاصاتها. وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث مع اظهار دور الإكراه فيها من خلال مطلبين.

المطلب الأول : إجراءات الاستدلال

المطلب الثاني : محاضر جمع الاستدلال.

المطلب الأول
إجــراءات الاستــدلال

١٤٤ـ تقسيم :ـ

إذا كانــت المادة ٢٤ أ. ج مصرى نصت على إجراءات الاستدلال فإن هذه الإجــراءات ـ كما هو معلوم ـ لم ترد فى القانون على سبيل الحصر بل على سبيل المثال باعتبار أن الإجراءات المذكورة هى أهم إجراءات الإستدلال وأكثرها شيوعاً فــى العمل(١) وسنتعرض إلى أهم الإجراءات فنتناول فى الفرع الأول التحرى عن الجــرائم ، وفــى الفــرع الثانــى الإبلاغ عن الجرائم ، وفى الفرع الثالث الانتقال والمعايــنة واتخــاذ الإجــراءات التحفظية ، وفى الفرع الرابع سماع أقوال الشهود وسؤال المشتبه فيه ، وفى الفرع الخامس الاستعانة بالخبراء .

الفرع الأول
التحرى عن الجرائم ومرتكبيها.

١٤٥ـ ماهية التحريات :ـ

عهــد القانــون إلى مأمورى الضبط القضائى بمهمة البحث والتحرى عن الجرائم ومرتكبيها فاستهل المادة (٢١) أ. ج بالنص على أن " يقوم مأمور الضبط القــضائى بالبحث عن الجرائم ومرتكبيها بجمع الاستدلالات التى تلزم للتحقيق فى الدعوى " ـ ونظراً إلى أن وقوع الجريمة يضر بأمن المجتمع ويخل بإستقراره كان مــن الــواجب علــى مأمــورى الضبط القضائى كشف الجريمة بسرعة ، وجمع المعلــومات عــنها وعن مرتكبيها والبحث عن الأدلة التى تثبت إرتكابهم للجريمة

(١) د/ محمــــود نجــيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٢٣ – د/ نبيل مدحت سالم ، شرح قانون الإجــراءات الجنائية ، دار الثقافة الجامعية ، ط٧ ، ١٩٩٢ ، ص٢٥٠ – د/ محمد أبو العلا عقده ، مرجع سابق ، ص٣٣٩ .

وملاحقة المجرمين وضبطهم مما يساعد على نشر الطمأنينة بين الناس[1].

وعلـــى الرغم من أن أعمال الشرطة فى التحرى عن الجرائم والكشف عن مـــرتكبيها مـــن الإجراءات الهامة التى يجب النظر إليها بإهتمام إلا أن المشرع لم يتعرض لهذا الاختصاص وكيفية مباشرته من حيث تحديد الفئات من رجال الشرطة التـــى يجـــوز لهم القيام بالتحريات والأحوال التى ينبغى قصر إجراءات التحريات عليها وكيفية القيام بها ...... الخ.

١٤٦ـ المختص بإجراء التحريات :ـ

الأصل أن إجراء التحريات كأحد إجراءات الاستدلال ينبغى أن يتم بمعرفة مأمورى الضبط القضائى إلا أن المادة ٢٤ أ. ج مصرى أجازت لمرءوسى الضبط القـــضائى مباشـــرة بعـــض الاختـــصاصات الماديـــة المحددة مثل الحصول على الإيـــضاحات وأحـــد وسائل الحصول على الإيضاحات التحريات وعلى ذلك يجوز لـــرجال الـــشرطة مـــن مأمورى الضبط القضائى أن يكلفوا مرءوسيهم من رجال الـــشرطة بإجراء التحريات بل أن لمساعديهم القيام بذلك دون تكليف خاص مادامت طبـــيعة الأعمـــال الموكولة لهم تستلزم ذلك ويجوز أن يكون التكليف الصادر من مأمـــورى الضبط القضائى لمرءوسيهم بإجراء التحريات عاما أو خاصا بواقعة أو موضوع معين ، شفويا كان أو مكتوبا[2] .

---

(١) وقد قالت محكمة النقض فى هذا (من المقرر أن من الواجبات المقررة قانوناً على مأمورى الـــضبط القـــضائى فى دوائر اختصاصهم أن يقبلوا التبليغات والشكاوى التى ترد إليهم بشأن الجرائم وأن يقوموا بأنفسهم أو بواسطة مرؤوسيهم بإجراء التحريات اللازمة عن الوقائع التى يعلمون بها بأية كيفية كانت ...... "

نقـــض ٩٨/٤/٢١ ، أحكام النقض ، س٣١ ، رقم ٢٣٨٤ ، ص٥٣٤ – نقض ٩٦/١/٨ ، س ٤٧ ، رقم ٢ ، ص٢١.

(٢) فالقانـــون لا يـــوجب حـــتما أن يتولى رجل الضبط القضائى بنفسه التحريات والأبحاث التى يؤســـس علـــيها طلـــب الأذن. بل له الاستعانة بمعاونيه من رجال السلطة العامة والمرشدين السريين أو غيرهم ...... "

نقض ١٩٤٣/١١/١٥ ، المجموعة الرسمية ، س٤٤ ، رقم ٢٢ ، ص٤٩ – نقض ١٩٦٦/١/١٧ ، أحكـــام النقض ، س١٧ ، رقم ٩ ، ص٥٠ – نقض ١٩٧٠/١/١٨ ، س٢١ ، رقم ٣٠ ، ص ١٢٥ – نقض ١٩٧٣/٣/٤ ، س٢٤ ، رقم ٥٩ ، ص٢٦٦ – نقض ١٩٧٦/٥/٣١ ، س٢٧ ، رقـــم ١٢٦ ، ص٥٦٩ – نقض ١٩٧٧/٤/٣ ، س٢٨ ، رقم ٩٠ ، ص٤٣٦ – نقض ٤/٨/ ١٩٧٩ ، س٣٠ ، رقم ٩٦ ، ص٤٥٣ – نقض ١٩٨٨/١٠/٢٧ ، س٣٩ ، رقم ٣٦٩٠ ، ص ٩٥٧ ، نقض ٩٦/١٢/١ ، س٤٧ ، رقم ١٨٧ ، ص١٢٨٣.

كــذلك يجــوز لمأمــورى الضبط القضائى الاستعانة بالمرشدين فى إجراء التحــريات واستعانتهم بهؤلاء المرشدين أمر صحيح تأخذ به نظم الشرطة كافة فى العالم وبدونهم لن تكون هناك ضبطية قضائية[1] .

---

(1) يمكــن تعريف المرشد بأنه " الشخص الذى يقدم معلومات أو إفادات حول قضية ما دون أن تشاع شخصيته ، يستوى ان يحصل على مقابل من عدمه "

والمرشد ليس من مرؤوس الضبط القضائى فالمادة ٢٣ أ. ج والمعدلة بق ٢٦ لسنة ١٩٧١ حددت مأمورى الضبط القضائى سواء كانوا من ذوى الاختصاص العام فى جميع أنحاء الجمهورية ام فــى دوائــر اختصاصهم فقط. والتعداد الذى جاء فى هذه المادة لم يشمل مرؤس الضبط القضائى كرجال الشرطة والخفراء والمخبرين فهم لا يعدون من مأمورى الضبط القضائى . بــل من مرؤسيهم وليس من بينهم المرشد ...... د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق، ص ٥١٦ – د/ فــوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٤٣ – د/ مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص٤٦٦.

وإذا كانــت المادة (٢٤ أ. ج) قد نصت على إجراءات الاستدلال فإن هذه الإجراءات لم ترد فى القانــون علــى سبيل الحصر ، بل على سبيل المثال لذا فلا حرج على مأمورى الضبط إذا اســتعان بمرشد سرى مادام رأى أن هذا الإجراء منتجا فى جمع أدلة الجريمة والتعرف على مرتكبيها وبشرط أن تكون المعلومات التى حصل عليها المرشد قد جاءت من طريق مشروع.

وليس هناك ما يمنع من أن تقدم مكافأة للمرشد من المجنى عليه أو حاشيته كما لو تعرض شخص لجريمة سرقة ورصد مكافأة مالية لمن يقدم لجهات البوليس معلومات أو إفادات من شأنها أن توصــل إلى الجانى فعلى سبيل المثال حدث أن أعلنت الشركة العامة للتأمين فى فرنسا سنة ١٩٧٦ عــن أنهــا سوف تقدم جائزة Une prime لأى شخص يقدم معلومات من شأنها أن تــؤدى إلــى الكشف عن شخصية الجناه الذين قاموا بسرقة الخزائن عن طريق الدخول إليها بواسطة نفق محفور.

لكن الملاحظ أن هذا أمراً استثنائياً فالمكافأة عادة تقدم عن طريق السلطة العامة.

Gaetan DI (M) , L'indicateur en, problemes actuels de science criminelle université de droit, d'economic et des science d'aix – Marselle, 1990 , P. 78.

ومــن النــتائج السلبية للاستعانة بالمرشد التحريض على ارتكاب الجريمة ثم يقدم لدوائر البوليس معلومات حتى يظهر أمامها بأنه الرجل الذى لا يدخر جهداً فى سبيل أن يقدم خدماته لكن مما يقلل من هذه الخشية أن المرشد نادراً ما يجد نفسه يجرى وراء خلق الجريمة وتقديم معلومات بشأنها لأنه هو الذى يسعى إلى التعاون مع رجل البوليس بمحض إرادته إضافة إلى ذلك فإن رجل البوليس لن يقبل من المرشد أن يحرض على خلق جريمة لم يكن لها وجود باعتبار أن ذلك لا يتفق مع رسالة السلطات العامة.

وأيا إن كانت أوجه النقد إلا أننا لا نستطيع إهدار أهمية الدور الذى يقوم به فى خدمة العدالة فهو يقــدم المعلــومات والإفادات لجهات البوليس من شأنها الحيلولة دون تنفيذ مشروع إجرامى يخطــط لــه الــبعض أو الوصول الى الجناه والقبض عليهم فى حالة وقوع الجريمة ونأمل بوجــود تدخل تشريعى ينظم أعمال المرشد واختصاصاته .... د/ إبراهيم عيد نايل ، المرشد السرى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ ، ص٣٩ – وما بعدها.

وإذا كـــان لمأمور الضبط القضائى الاستعانة بالمرشدين لإجراء التحريات فإنـــه غيـــر ملتـــزم بإفشاء أسمائهم. ذلك أن القوانين الوضعية تحرص على تقرير واجب عدم إفشاء مصادر معلومات مأمورى الضبط القضائى(١) .

١٤٧ـ شروط صحة التحريات :ـ

يـــشترط لكى تكون التحريات التى يجريها مأمور الضبط القضائى صحيحة ويترتب عليها آثار قانونية ، توافر الشروط الآتية.

أولاً : أن يكون التحرى كافيا وجدياً :ـ

وتـــتحقق كفاية التحرى إذا تضمن بيانات أو معلومات أو إيضاحات تصلح لأن تكـــون نواة للدليل بحيث يتخذها المحقق أساساً لتحقيقه فيما بعد ويتحقق وصف الكفايـــة إذا كانـــت المعلـــومات دقيقة فى وصفها للجريمة محل التحرى وفى تعين شـــخص المتحـــرى عـــنه على نحو يتحدد به نوع الجريمة ومكان ارتكابها وزمنه وشـــخص مـــرتكبها وما أحيط به من ظروف وعلى وجه العموم ينبغى أن يتضمن التحرى عن الجريمة البيانات والمعلومات والإيضاحات الجوهرية التى تنفى الجهالة عـــن الجـــريمة ومـــرتكبيها وظـــروفها أما الجدية فمعناها " تقويم" يخلعه الشخص الإجرائى المختص على المعلومات أو البيانات أو الإيضاحات التى تبلغ درجة من " الكيف " تستاهل معها أن تترتب عليها الآثار القانونية المتعلقة بالتحرى(٢) .

---

(١) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٥٠ – د / احمد كامل موسى ، الحماية الجنائية لأسرار المهنة فى التشريع المصرى المقارن ، " رسالة دكتوراه " ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٠، ص٢٥٦ وقـــد أكـــدت محكمة النقض الفرنسية شرعية هذا الإجراء . بناء على طعن كان قد أســـس علـــى رفض رجل البوليس فى أن يكشف عن شخصية أو هوية مرشديه ، ورفضت الدائرة الجنائية هذا الطعن وأيدت رجل البوليس فى تصرفه.

- نقض ١٩٦٠/١/٤ ، أحكام النقض ، س١١ ، رقم ١ ، ص٧ – نقض ١٩٦٩/٣/١٧ ، س٢٠ ، رقـــم ٧٣ ، ص٣٣٥ – نقض ١٩٧٣/١/١ ، س٢٩ ، رقم ١٨٢ ، ص٧٨٩ – نقض ١٩٩٧/١٢/٣ ، س٤٨ ، رقم ٢٠٣، ص١٣٤٠.

Cass Crim. 6 Juillet 1894 – DP. 1899 – 1 – 171 – Bull . No. 189, P. 281, Crim 30 ocout 1906 – DP. 1907-1-149. Crim – 4 – 4 – 1924 DP. 1925 – 1 – 10.

(٢) د/ عـــبد الفـــتاح مصطفى الصيفى ، مرجع سابق ، ص٢٢٨ – د / حسنى الجندى ، مرجع ســـابق ، ص٤٦٩ – د/سعد محمد موسى ، تطبيقات البحث الجنائى ، مطبعة كلية الشرطة ، ٢٠٠٢ ، ص٤٧.

موقـف محكمـة النقض من شرط كفاية التحريات وجديتها. ذهبت محكمة الـنقض إلى أن "تقدير جدية التحريات وكفايتها لإصدار الأذن بالتفتيش موضوعى. عـدم إيـراد عمـل الطاعن ومحل إقامته أو بيانات سيارته . غير قادح فى جدية التحـريات[1] كمـا إنـه من المقرر أيضاً " خلو إذن التفتيش من بيان اسم المأذون بتفتيشه كاملاً أو صفته أو صناعته أو محل إقامته لا يعيبه "[2].

وأخيراً قررت " أن صدور أمر التفتيش بشخص معين ومن قد يكون معه أو فى محله وقت التفتيش - صحيح "[3] .

ويتبـين لـنا من الأحكام سالفة الذكر أن محكمة النقض اعتبرت التحريات صـحيحة رغم عدم ذكر مجريها عمل المتحرى عنه أو إقامته أو بيانات سيارته أو إسـمه كاملا أو إسم شهرته مكتفية بأنه طالما الشخص الذى اتخذ فى حقه الإجراء هو بعينه المقصود.

فـى حـين نجد أن محكمة النقض قد أبطلت إذن التفتيش تأسيسا على عدم جديـة التحريات لما تبينه من أن الضابط الذى استصدره لو كان قد جد فى تحريه عـن المتهم الأول لوصل إلى عنوان المتهم وسكنه أما وقد جهله وخلا محضره من الإشـارة إلى عمله وتحديد سنه فإن ذلك يفصح عن قصور فى التحرى يبطل الأمر الذى استصدره ويهدر الدليل الذى كشف عنه تنفيذه وهو استنتاج سائغ تملكه محكمة الموضوع .... "[4] وعليه نأمل أن يستقر اتجاه قضاء النقض نحو التشدد فى شرطى الكفاية والجدية صيانة للحريات العامة وحقوق الأفراد.

ثانياً: أن يتعلق التحرى بجريمة وقعت فعلا.

يعـد هذا الشرط بمثابة الشرط المفترض والأساسى لإصدار الإذن بالتفتيش بمعنـى أن مفترضـات بحث صحة إصدار الأذن وصحة الإجراءات السابقة على صدوره تبدأ من هذا الشرط.

---

(١) نقـض ٩٢/٣/٢ ، أحكام النقض ، س٤٣ ، رقم ١٨٥٠٤ ، ص٢٧٠ - نقض ٩٢/٧/٢٢ ، رقم ١٠١ ، ص٦٧٦ - نقض ٩٢/١٠/٨ ، رقم ١٢٤ ، ص٨١٢ - نقض ٩٦/١/١٦ ، س ٤٧ ، رقم ٣٤٧٨ ، ص٨٦ - نقض ٩٦/١٢/١٧ ، رقم ٢٥٦٤٩ ، ص١٣٦٢.

(٢) نقـض ٩٢/٦/٢ ، أحكـام النقض ، س٤٣ ، رقم ٨٦ ، ص٥٨٤ - نقض ٩٦/٧/١ ، أحكام النقض ، س٤٧ ، رقم ١٣٣٦١ ، ص٧٧٣.

(٣) نقض ٩٢/٧/١٣ ، أحكام النقض ، س٤٣ ، رقم ٩٨ ، ص٦٥٥.

(٤) نقض ١٩٨٥/٤/٩ ، أحكام النقض ، س٣٦ ، رقم ٢٣٦٠ ، ص٥٥٥

ويقصد بالجريمة الجريمة الجنائية مفهومة على أنها الفعل أو الامتناع الذى يــشكل خــرقاً لقاعدة جنائية موضوعية بمعنى تحقق الجريمة فى ركنها المادى أو توقف هذا الركن عند حد الشروع المعاقب عليه. مع استبعاد الجريمة المستقبلية أى التــى لم تقع بعد ولو قامت التحريات والدلائل الجدية على أنها ستقع بالفعل أو أنها وقعت بعد صدور الإذن.

وتطبــيقا لهــذا قضت محكمة النقض " لما كان تبين من الإطلاع .... وكانــت مــدونات الحكم المطعون فيه تنطق بأن هذا الإذن قد صدر توصلا لضبط واقعة رشوة . وهو ما ينبئ عن صدوره عن جريمة مستقبلة لم تكن قد وقعت فعلا وقــت صـــدوره. وكان الحكم لم يعرض بالرد على هذه الجزئية وبيان مدى صحة الأذن ...... فإنه يكون معيبا بالقصور مما يستوجب نقضه والإحالة "(1) .

ثالثاً : الا تنطوى التحريات على مساس بحرية الأفراد أو بحرمة مساكنهم (مشروعية التحرى).

يشترط لصحة التحرى أن يكون وليد أعمال مشروعة وهذا شرط لازم فى كل إجراءات الاستدلال.

وبناء عليه تعتبر من قبيل الأعمال المشروعة تخفى مأمور الضبط القضائى أو مرءوســه أثناء مباشرة التحرى فى زى رسمى أيا كان هذا الزى أو انتحال أى صــفة تحول دون كشف أمره وتوسعت محكمة النقض فى هذا المجال فقضت بأن التفتــيش الــذى يقوم به رجال الشرطة فى أثناء البحث عن مرتكبى الجرائم وجمع الاســتدلالات الموصلة إلى الحقيقة ولا يقتضى إجراؤه التعرض لحرمة الأفراد أو لحرية المسكن إجراء غير محظور(2). ومن جهة أخرى فإنه لا يعد مشروعاً استراق السمع ولو بدافع من مجرد الفضول أو حب الاستطلاع أو المصادفة ولو بغير تعمد البحث عن جريمة معينة وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الظاهر مما ذكره الحكم أن مشاهدة الخفير للمتهمين وهم يتعاطون الأفيون بواسطة الحقن كانت

---

(1) نقض جلسة ١٩٦٦/٣/١ ، أحكام النقض ، س١٧ ، رقم ٢ ، ص٢٢١ – وفى هذا المعنى – نقض ٦٧/٢/٧ ، أحكام النقض ، س١٨ ، رقم ١٤٧٦ ، ص١٧٤ – نقض ١٩٧٣/٣/١١ ، س٢٤ ، رقــم ٣٣ ، ص٣١٠ – نقض ٩٢/٥/٧ ، س٤٣ ، رقم ٧٣ ، ص٤٩٧ – نقض ٨/ ٩٢/١٠ ، رقم ١٢٣ ، ص٨٠٤ – نقض ١٩٩٨/١٠/٨ ، س٤٩ ، رقم ١٣٧ ، ص٩٩٩.

(2) نقض ٧٣/٦/٢٣ ، أحكام النقض ، س٢٤ ، رقم ١٣٣ ، ص٦٢١ – نقض ١٩٧٦/١٠/١٧ ، س٢٧ ، رقم ١٧٣ ، ص٧٦٣ – نقض ١٩٩٢/٩/١٥ ، س٤٣ ، رقم ١٠٨ ، ص٧١٤.

مـــن ثقب الباب وان أحد الشهود احتال عليهم لفتح الغرفة التى كانوا فيها على هذه الحالة ثم اقتحمها الخفير وفتشهم فعثر على المخدر يكون القبض والتفتيش باطلين[1].

ومن الطرق غير المشروعة فى التحرى أن يحرض مأمور الضبط القضائى علـــى ارتكـــاب الجـــريمة حتـــى يتمكن من ضبط الجانى متلبس بها ويسمى هذا التحريض الصورى ومن باب أولى لا تعتبر طريقة مشروعة خلق المأمور للجريمة بطريقة الغش والخداع بقصد الإيقاع بالمتهم وضبطه متلبسا بالجريمة وذلك لأنه إذا كان من واجبات رجال السلطة العامة أن يضبط جريمة وقعت من فاعلها تلقائيا فانه لـــيس مـــن واجباته أن يحمل فاعل الجريمة على ارتكابها فهو فى هذه الحالة يعتبر محرضاً على ارتكاب الجريمة[2] .

الفرع الثانى
تلقى البلاغات والشكاوى

١٤٨ـ ماهيـــة البـــلاغ :ـ

يعـــرف البلاغ فى معناه الواسع بأنه إجراء يقوم به شخص ما لإيصال نبأ الجـــريمة إلى علم العدالة . فالأخبار عن الجريمة وإيصال أمر وقوعها إلى السلطة العامة . ويستوى فى التبليغ أن يكون شفوياً أو كتابياً ، كما يستوى أن يكون جوازيا أو وجوبيا[3] ، فقد نصت المادة ٢٥ أ . ج على التبليغ الجوازى بقولها " لكل من علم بوقـــوع جريمة يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلب أن يبلغ النيابة العامة أو أحد مأمورى الضبط القضائى عنها " .

---

(١) نقض ١٦/٦/١٩٤١ ، مج القواعد القانونية ، جـ٥ ، رقم ٢٧٨ ، ص٥٤٥.

(٢) د/ محمـــد ذكـــى أبـــو عامر ، مرجع سابق ، ص١٤١ – د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى ، مـــرجع سابق ، ص١٤١ – د/ حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص٤٧١ – وقد قالت محكمة الـــنقض فـــى هذا " لا تثريب على مأمورى الضبط القضائى ومرؤسيهم فيما يقومون به من التحـــرى عن الجرائم بقصد اكتشافها ولو اتخذوا فى سبيل ذلك التخفى وانتحال الصفات حتى يأنس الجانى لهم ويأمن جانبهم .... "

نقض ٢٥/١٠/١٩٧٦ ، أحكام النقض ، س٢٧ ، رقم ١٧٦ ، ص ٧٧٤ – نقض ٢٦/٢/١٩٨٥ ، س٣٦ ، رقم ٥٢ ، ص٣٠٦.

(٣) د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ط ٢ ، ص ٢٦٠.

كمـــا نصت المادة ٢٦ على التبليغ الوجوبى بقولها " يجب على كل من علم مـــن الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء تأدية عمله أو بسبب تأديته بوقـــوع جريمة من الجرائم التى يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى عنها بغير شكوى أو طلـــب ، أن يـــبلغ عنها فوراً النيابة العامة أو أقرب مأمورى الضبط القضائى " ويلـــزم المـــشرع مأمورى الضبط بأن يبعثوا بهذه التبليغات أو الشكاوى فورا إلى النيابة العامة (م ٢٤ أ . ج)

١٤٩ـ ماهية الشكوى :ـ

وتعـــرف الشكوى بأنها إجراء يباشر من شخص معين هو المجنى عليه فى جـــرائم محـــددة يعبـــر بهـــا عن إرادته فى تحريك ورفع الدعوى الجنائية لإثبات المـــسئولية الجنائـــية وتوقيع العقوبة القانونية بالنسبة للمشكو فى حقه[1] كما تشمل الشكوى أيضا الطلب الذى يتقدم به المضرور من الجريمة مدعياً فيه بالحق المدنى ، فـــإذا قـــدمت الشكوى من المجنى عليه فى غير الحالات السابقة ولم تشمل إدعاء بالحق المدنى اعتبرت بلاغ (المادة ٢٨ أ . ج)[2] .

الفرع الثالث

الانتقال والمعاينة واتخاذ الإجراءات التحفظية.

يجـــب على مأمورى الضبط القضائى بمجرد علمهم بوقوع الجريمة سواء أكان ذلك بناء على التحريات أم بناء على بلاغ أو حتى مشاهدته لها فى حالة تلبس - القـــيام بجمـــع الاســـتدلالات اللازمة للتحقيق وتسهيل القيام به . ويعنى ذلك قيام أعـــضاء الضبط القضائى ومعاونيهم بجمع كل القرائن والأدلة اللازمة للتحقيق فى الدعـــوى والتـــى تساعد النيابة العامة فى القيام بأعمال التحقيق بشرط ألا تتضمن المساس بحرية الشخص[3] .

---

(١) د/ مأمون سلامة ، المرجع السابق ، جـــ١ ، ص ٨٣

(٢) د/ إبراهيم حامد مرسى ، مرجع سابق ، ص ٢٥٢

(٣) د / محمـــود نجـــيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٣١ – د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص٢٨١ – د/احمد عوض بلال ، مرجع سابق ، ص٢٤٧.

وهـــذا هو ما أوجبته المادة (٢٤ أ. ج مصرى) " .... ويجب عليهم وعلـــى مرؤوســـهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التى تبلغ إليهم او التى يعلنون بها بأية كيفية كانت .... " كما أن المادة ٢٩ أ. ج - تخول مأمورى الضبط أثناء جمع الاستدلالات أن يسمعوا - أقوال من يكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها وأن يسألوا المتهم عن ذلك .... "

وتتلخص إجراءات جمع الاستدلالات الواجبة على مأمور الضبط القيام فيما يلى :

١٥٠ـ إجراء المعاينات :

يطلــق علـــى المعاينة عادة عبارة إثبات الحالة ، والمراد بهذا إثبات حالة الأشخاص والأشياء والأمكنة ذات الصلة بالحادث.

وللمعاينة أهمية بالغة فى أدلة الدعوى وفى اقتناع المحكمة ويبدو هذا فى أن ماديـــات الـــواقعة يكـــون من العسير العبث بها - علما بأنه قد تأتى حقائق المعاينة مخالفـــة لأقوال الشهود كما فى الحوادث لا سيما تلك التى تتعلق بسبل المواصلات تكون المعاينة هى الدليل الأساسى ما لم يكن الوحيد فى الدعوى وإذا - أراد مأمور الضبط مباشرة المعاينة فعليه أن يضع فى اعتباره أن عمله يقتصر على مجرد نقل صـــورة صحيحة وكاملة للمحل الذى يقوم بمعاينته بمعنى انه بمثابة المسجل الذى لا يملك إضافة ولا حذفا بالنسبة إلى ما يصل إليه ، وعملية المعاينة ذاتها تختلف من واقعة إلى أخرى وعلى هذا الأساس لا يمكن وضع قاعدة يهتدى بها على انه يتبقى لمأمـــور الـــضبط أن يحتاط لأمرين الأول. منها عدم المساس ببعض الأشياء التى تـــوجد بها أثار تنم عن الجانى كبصمات الأصابع أو آثار الأقدام وترك رفعها إلى المعنيـــين المختـــصين مـــع الإشارة إلى ذلك ، والأمر الأخر أن لا يقطع مجريها بوصف معين لأمر شاهده إذا كان هناك احتمال آخر[(١)]

---

(١) د / حـــسن صـــادق المرصـــفاوى ، الجوانب العملية فى التحقيق الجنائى ، المجلة الجنائية القومية، بدون سنة ، ١٩٦٨ ، ع٣ ، ص٤٧٦.

ويذهب رأى إلى تقسيم المعاينة إلى المراحل الآتية : -

....

= المرحلة الأولى :

وهـــى خاصـــة بالانتقال إلى محل الحادث واتخاذ إجراءات الأمن اللازمة وفيها تتخذ الإجراءات التالية على وجه الخصوص :

١. يسجل بالضبط وقت وصول القائم بالبحث إلى محل الحادث أو الجريمة المرتكبة.
٢. يسجل كذلك حالة الجو والطقس ودرجة الإضاءة والرؤية.
٣. تلقى نظرة سريعة وكلية على المكان مع اتخاذ الإجراءات الضرورية المناسبة لكل حالة مثل القيام فورا بإطفاء أي نار تكون مشتعلة خاصة إذا كان ذلك فى أوراق أو مستندات ....
٤. تــتخذ فــى الحـــال ايضا إجراءات الأمن المناسبة والضرورية لوقاية المكان وحمايته ضد حدوث اى اقتحام.
٥. لا يسمح لأحد أيا كان بالدخول إلى مكان الحادث إلا إذا كان من المسئولين أو المختصين أو الخبراء.
٦. لا يــسمح بمغـــادرة اى فـــرد من الذين يوجدوا أو يعثر عليهم بمكان الحادث بأى حال من الأحوال إلا بعد أخذ أقواله أنفراديا ومعرفة مبررات واسباب وجوده.

المرحلة الثانية :-

١. الإطـــلاع والفحـــص الشامل .... ٢. استخدام مساعد التصوير الجنائى ....
٣. استخدام الرسوم التخطيطية .... ٤. الاستعانة بالمعدات والأجهزة الأمنية فى البحث عـــن الأدلـــة .... مثل استخدام الأضواء والعدسات والأشعة بأنواعها أو أى أجهة تستخدم فى هذا المجال برفع البصمات أو آثار الأقدام أو ...
٥. الاســـتعانة بالوســـائل الاستدلالية الآخرى .... مثل الكلاب البوليسية المدربة خاصة فى البحث عن آثار الجانى ......
٦. تحريـــر الأدلة .... كل دليل على حدة ...... راجع بمزيد من التفصيل د / زين العابدين ســـليم ، طريقة مقترحة للكشف عن الجرائم فى مرحلة الاستدلال ، المجلة الجنائية القومية ، ١٩٧٠ ع الأول ، ص٦٧ – ومـــا بعـــدها – وفـــى هذا قضت محكمة النقض أن إجراءات التحريـــر المنـــصوص عليها فى المواد ٥٥ ، ٥٦ ، ٥٧ من قانون الإجراءات انما قصد بها تنظـــيم العمـــل للمحافظـــة على الدليل خشية توهينه ولم يرتب القانون على مخالفتها بطلان .... نقض ٩٤/٦/٢ – احكام النقض ، س٤٥ ، رقم ١٠٥ ، ص٦٨٨.

الفرع الرابع
سماع أقوال الشهود وسؤال المشتبه فيهم

نـصت المادة ٢٩ أ. ج مصرى على أن " لمأمورى الضبط القضائى أثناء جمـع الاسـتدلالات أن يـسمعوا مـن تكون لديهم معلومات عن الوقائع الجنائية ومرتكبيها "(١) .

وتـنص المادة ٣٢ من ذات القانون على أنه " لمأمور الضبط القضائى عند انـتقاله فـى حالة التلبس بالجرائم أن يمنع الحاضرين من مبارحة محل الواقعة أو الابـتعاد عـنه حتـى يتم تحرير المحضر ، وله أن يستحضر فى الحال من يمكن الحصول منه على ايضاحات فى شأن الواقعة "(٢) .

والأمر بعدم مبارحة محل الواقعة هو كالأمر باستحضار الشهود فى الحال إجراءان لا ينطويان على تعرض للحرية ، إذ لا يبرران استخدام القوة فى تنفيذهما وهذا هو ما يميز بينهما وبين الأمر بالقبض أو الأمر بالضبط والإحضار (٣).

على أن القانون قد جعل من عدم الاذعان للأمر الذى يصدره مأمور الضبط القضائى فى حالة التلبس بعدم مبارحة محل الواقعة أو الابتعاد عنه حتى يتم تحرير المحضر أو باستحضار الشهود فى الحال مخالفة معاقبا عليها بالغرامة التى لا تزيد علـى ثلاثـين جنيهاً (٤) ولهذا الإجراء طابع إكراهى ولكن يجد سنده فى الضرورة الإجرائية لأن التعرض المادى ليس قبضاً ، فهو لا يخول " التفتيش " كإجراء تحقيق

---

(١) وهـو ما نصت عليه القوانين الإجرائية العربية فى المواد ٣٠ و ٤٦ أردنى ، ٣٩ إماراتى ، ٧٣ و ٧٤ بحرينى ، ٣٠ و ٤٦ سورى ، ١١ قطرى ، ٤١ كويتى.

(٢) راجع فى قوانين الإجراءات – المواد أرقام ١/٣١ أردنى ، ١/٥٠ جزائرى ، ١/٣١ سورى ، ١/٢٩ لبنانى ، ١/٦٧ مغربى.

(٣) د/ محمـود نجيب حسنى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٥٦٧ – د/ رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى ، مرجع سابق ، ص ٢٨٨ .

(٤) نـصت المـادة ٣٣ من قانون الإجراءات الجنائية والمستبدلة بالقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ " إذا خالـف أحد من الحاضرين أمر مأمورى الضبط القضائى وفقاً للمادة السابقة ، أو امتنع أحد ممن دعاهم عن الحضور يذكر ذلك فى المحضر ويحكم على المخالف بغرامة لا تزيد على ثلاثين جنيهاً " .

ولكنه يخول " التفتيش الوقائى " لتجريد المتهم مما يحمله من سلاح أو أداة خطرة قد تستعمل فى الإضرار بمن تعرض له (١).

١٥١ـ سماع أقوال الشهود :

فـــى مـــصر : القاعدة أن استدعاء مأمور الضبط القضائى للطاعن بسبب اتهامـــه فى جريمة ... لا يعدو - أن يكون توجيه الطلب إليه بالحضور لسؤاله عن الاتهـــام الذى حام حوله فى نطاق ما يتطلبه جمع الاستدلالات ولا يقدح فى ذلك أن يـــتم هذا الاستدعاء بواسطة أحد رجال السلطة العامة طالما أنه لم يتضمن تعرضا ماديـــا للـــمستدعى يمكن أن يكون فيه مساس بحريته الشخصية أو تقيد لها مما قد يلتبس حينئذ بإجراء القبض المحظور على مأمور الضبط القضائى(٢) .

وإذا كان ما سبق يطبق فى حالة الجرائم غير المتلبس بها وفى حالة الجرائم المتلـــبس بهـــا بالنـــسبة للشهود غير الموجودين فى محل الواقعة فإن الأمر يختلف بالنـــسبة لهؤلاء الموجودين فى محل الواقعة فلمأمور الضبط القضائى أن يطلب من الحاضرين عدم الابتعاد عن محل الواقعة وعلة ذلك هى أن يتمكن من سماع أقوال من لديه من الحاضرين معلومات عن الجريمة (٣) .

وقـــد تدل صياغة المادة ٣٢ أ. ج " لمأمور الضبط القضائى عند انتقاله فى حالـــة التلبس بالجرائم أن يمنع الحاضرين من مبارحة محل الواقعة أو الابتعاد عنه

---

(١) عبرت عن ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بقولها أنه : " إجراء يختلف عن الـــضبط أو القـــبض ويعتبر بمثابة إجراء وقائى فلا مساس بحرية شخص إذا طلب منه أن يمكـــث فـــى مكانه لحظات أو فترة قصيرة " - د/ أحمد عوض بلال ، الإجراءات الجنائية المقارنـــة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ ، ص ٤٦١ - د/ عصام زكريا عبد العزيز ، حقوق الإنسان فى الضبط القضائى ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ .

(٢) نقض ٩٤/١٢/٢٠ ، أحكام النقض ، س٤٥ ، رقم ١٨٨ ، ص١٢٠١ - نقض ٩٦/١/٨ ، س ٤٧ ، رقم ٢ ، ص٢١ - وبناء عليه قضى بأن " توجه مأمور الضبط القضائى إلى الطاعن وســـؤاله عـــن الاتهـــام المسند اليه لا يعد تعرضا ماديا يمس حرية الشخصية مادام لم يكن مقرونا بإكراه " - نقض ٩٦/١٠/١٠ - أحكام النقض ، س٤٧ ، رقم ١٣٩ ، ص٩٧٩ - كما انـــه مـــن المقرر أيضاً " عدم توقيع الشاهد على جمع الاستدلالات لا يهدر قيمة فى الإثبات" نقض ٨٦/١/٣٠ ، أحكام النقض ، س٣٧ ، رقم ٥٥١٤ ، ص١٩٩.

(3) Merle et vitu , Op, cit ; P. 197.

حتى يتم تحرير المحضر ..." أن لمأمور الضبط إجبار الحاضرين فى محل الواقعة ، وهذا غير صحيح ، إذ تقتصر سلطة مأمور الضبط على مجرد عدم الابتعاد[1] (3) وفى هذه الحالة لا يخرج موقف الشاهد عن أحد أمرين هما ، إما الامتثال لطلب مأمور الضبط وعندئذ لا تثار مشكلة ، وإما أن يرفض ويغادر محل الواقعة وفى هذه الحالة لا يجوز لمأمور الضبط منع الشاهد من مغادرة محل الواقعة وإلا اعتبر ذلك قبضا بدون سند قانونى[2].

ولا يجوز لمأمور الضبط تحليف الشاهد اليمين ، على إنه إذا حلف اليمين فلا بطلان لأن حلف اليمين شرع للمصلحة العامة باعتبار إنها تضفى على الشهادة قيمة خاصة (م ٢/٢٩ أ. ج) وقاعدة عدم تحليف الشاهد اليمين فى مرحلة جمع الاستدلالات مأخوذة بها فى بعض التشريعات العربية ولكنها لم تنص على جواز تحليفهم اليمين فى حالة الضرورة[3] .

وفى فرنسا : نظمت المواد من ٧٥-٧٨ من قانون الإجراءات الفرنسى اختصاصات الشرطة القضائية بالنسبة للتحقيقات الأولية وهذه المواد لا تخول لمأمور الضبط سلطة اجبار الشاهد على الحضور والإدلاء بشهادته وقد أفرد القانون نصوصاً خاصة للتحفظ على الشهود الهامين باحتجازهم فى مركز الشرطة وأخذ أقوالهم فى أحوال التلبس (مادة ١/٦٢ أ. ج فرنسى) وسلطة الإكراه التى خولها القانون لمأمورى الضبط القضائى هى الفارق الوحيد بين التحقيق التمهيدى فى الجرائم العادية وبين التحقيق فى الجرائم المتلبس بها[4] .

---

(١) رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ، مرجع سابق ، ص٤٤ – د/ إبراهيم حامد مرسى ، سلطات مأمور الضبط القضائى ، مرجع سابق ، ص٢٧٥.

(٢) د / زين العابدين سليم ، مقال سابق ، ص٧٠.

(٣) تنص المادة ٤١ / ٢ من قانون الإجراءات الجزائية الكويتى "يجب على رجل الشرطة أثناء قيامه بالتحرى أن يسمع أقوال المبلغين وله أن يستدعى الشهود ويسمع أقوالهم ويثبتها فى محضره ولكن لا يجوز له تحليفهم اليمين ولا إلزامهم بالتوقيع على أقوالهم .... "

- كما تنص المادة ٣٤ /٢ من قانون الإجراءات القطرى " .... ولمأمورى الضبط القضائى أن يستعينوا بأهل الخبرة وأن يطلبوا رأيهم شفاهة أو كتابة ولا يجوز لهم تحليف الشهود والخبراء اليمين إلا إذا خيف ألا يستطاع ذلك فيما بعد .

(4) Stefani , Levasséur et Bouloc, O. P – Cit. No 417, P. 378.

ولا يخضع أخذ أقوال الشهود إلي قواعد خاصة كتلك المطلوبة أمام قاضي التحقيق حيث يجرى سماع أقوال الشهود من قبل قاضي التحقيق بدون حضور المتهم وعلى انفراد ولا توجد مثل هذه القيود على ممارسة ضباط البوليس القضائي لسماع الأقوال فليس سماعها وسط الحاضرين والموجودين وحتى في حضور الشخص الممكن اتهامه (١٠٢ أ. ج مدنى)(١) .

(١) وقضت محكمة الجنايات الفرنسية انه يمكن لمأمور الضبط أن يقوم بدور المترجم اثناء قيام التحقيق التمهيدى .

Cass Crim. 16 Fev. 1611. Bull. Crim. No. 104.
Cass Crim. 5 Nov. 1947. J. 1947. 1-45.

ويمكن القول أن عيوباً ثلاثة ترتبط بشخص الشاهد يمكن أن تلقى بظلها على سلامة عملية أداء الشهادة بما يحمل خطر الوقوع فى شرك البطلان وهذه العيوب تتصل بسن الشاهد وحالته العقلية ومدى جواز سماع شهادته.

ومن ناحية أولى : ينبغى ألا يقل سن الشاهد عن سنة معينة وأن يكون سليم العقل وقد حدد المشرع المصرى فى المادة ٢٨٣ أ. ج سن الشهادة بأربع عشرة سنة فيجوز الاستماع كشاهد لكل من بلغ هذه السن ويجب على الشاهد الذى بلغ الرابعة عشر عاماً أن يحلف اليمين قبل أداء الشهادة ويجوز سماع الشهود الذين لم يبلغوا أربع عشرة سنة كاملة بدون حلف على سبيل الاستدلال. وقد حدد المشرع الفرنسى من ناحية سن الأهلية الإجرائية لقبول الشهادة بستة عشر سنة اما دون هذا السن فيجوز الاستماع للشهادة علي سبيل الاستدلال دون حلف يمين " والعبرة فى تحديد سن الشهادة هو بوقت ايداع شهادته وليس بوقت وقوع الفعل موضوع الشهادة .

"Cass Crim, 29 No Nov. 1989, B. C. No 456"

ومن ناحية ثانية :

يجب ألا يكون الشاهد من بين الأشخاص الذين يحظر القانون الاستماع إلى شهادتهم وقد أجاز المشرع المصرى أن يمتنع عن أداء الشهادة ضد المتهم أصوله أو فروعه وأقاربه وأصهاره إلى الدرجة الثانية وذلك ما لم تكن الجريمة قد وقعت على الشاهد أو على أحد أقاربه أو أصهاره الأقربين أو إذا كان هو المبلغ عنها أو إذا لم تكن هناك أدلة إثبات أخرى. وقد استقر القضاء الفرنسى " بعدم جواز تحليف اليمين لأحد أقارب المتهم ممن ورد ذكرهم فى نص القانون أو للمدعى المدنى " ... ٣٣٥ ، ٣٣٦ أ. ج فرنسى.

- Cass Crim. 13 Mars, 1952, D, 1952, P. 360 ; 3 septembre 1977, D. 1977, inf. Mad. P. 493,5 décembre , 1990, B, G, n 04 18
- Cass Crim. 28 Janv 1958, B. G. no 91; 4 Hanvier 1968, B. C; no 2 : 16 décembre 1924. B. C. Mo B. Cno 423.

ومن ناحية ثالثة – لا يجوز الاعتداد بشهادة من كان محكوم عليه بعقوبة جنائية ولو كانت مسبوقة بحلف اليمين.

Cass Crim. 3 mai 1989, B. G. no 178 Juni 1993 B. C. no 201.

١٥٢ـ سؤال المشتبه فيه :

فــي مــصر : مــن المقرر أن لمأمور الضبط عملا بالمادة ٢٩ من قانون الإجــراءات الجنائية ...... أن يسأل المتهم عن التهمة المسندة إليه دون استجواب وكان الاستجواب المحظور هو الذى يواجه فيه المتهم بأدلة الاتهام التى تساق عليه دليلاً ليقول كلمته فيها تسليما بها أو دحضاً لها[١] .

والقاعدة هى عدم جواز إجبار المشتبه فيه على الحضور للإدلاء بأقواله في الجــرائم غيــر المتلبس بها فلا يجوز مثلا لمأمور الضبط القضائى أن يصدر أمراً بالقبض عليه أو أمراً بضبطه وإحضاره لأن هذه الأوامر من إجراءات التحقيق التى لا يجــوز لمأمور الضبط القضائى إصدارها إلا فى حالة التلبس بالجنايات والجنح المعاقــب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة شهور. فالاستدعاء الذى يوجه للمشتبه فــيه للحــضور ليس بملزم له فإذا لم يحضر أثبت مأمور الضبط القضائى ذلك فى محــضر يعــرض على النيابة لتقرر ما تراه مناسبا ولا يعد الشاهد أو المشتبه فيه مرتكبا لجريمة بعدم حضوره[٢] .

وفى فرنسا : نظم قانون الإجراءات الفرنسى أخذ أقوال المشتبه بهم وأورد بعض الضمانات التى تمنع التعسف ضدهم (المواد ٦٣ ، ٦٤ ، ٦٥ - أ. ج فرنسى والمعدل بند ٢٤ أغسطس ١٩٩٣) وذلك بشأن أخذ أقوال الأشخاص المتحفظ عليهم حــيث يــتم إبلاغــه بطبيعة المخالفة وحقه فى عدم الرد على أسئلة المحقق ثم يتم توضيح باقى الحقوق له من حيث حقه فى استخدام التليفون والاتصال بذويه (المادة ٦٣-٢ أ. ج) والمشتبه فيه من حقه الاتصال بطبيبه لمباشرته (المادة ٦٣-٣ البند ١

---

(١) نقض ٢١/٥/٩٢ ، أحكام النقض ، س٤٣ ، رقم ٢٨ ، ص٢٤٠ - نقض ٢٠/٩/٩٤ ، س٤٥ ، رقــم ١٢١ ، ص٧٧٦ - نقــض ٢٢/١٢/٩٦ ، س٤٧ ، رقــم ٢٠٠ ، ص١٣٩٢ ......
وأضــافت محكمــة الــنقض بأن طول أمد الاستجواب او سؤال الشهود دليلاً واستغراق ذلك الــساعات طويلة متصلة لا يعد إكراها مادام لم يستطيل إلى المتهم أو الشهود بالأذى مادياً أو معنوياً أو مجرد طول هذه الإجراءات لا يعد من الإكراه ... نقض ٢٣/١/٩٤ ، أحكام النقض ، س٤٥ ، رقم ٢١ ، ص١٣٧.

د / محمد سامى النبراوى ، استجواب المتهم ، رسالة دكتوراه ، " جامعة القاهرة " ، ١٩٦٨ ، ص ١٠٠.

(٢) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٣٢

أ. ج) وعلى الطبيب أن يتم عملية الفحص دون تأخر وأن يقدم شهادة ترفق بالملف ونفس الحق مقرر لمن يرتكب مخالفات لها علاقة بالمنظمات الإرهابية(١) .

ورغـم هذا فإن القضاء الفرنسى قد مال إلى ترجيح الجانب التنظيمى على جانب حقوق الأفراد عندما قرر أن الإخلال بهذه الضمانات لا يرتب بطلان(٢) .

الفرع الخامس
الاستعانة بالخبراء

١٥٣ـ المقصود بالخبرة :ـ

تقتـضى القـواعد العامة بأن تكون الاستعانة بالخبير فى المسائل الفنية أى المـسائل التى تتطلب خبرة خاصة لا تتوافر اساساً فى المحقق فمثلا تدعو الحاجة إلى الإستعانة بالطبيب الشرعى فى معرفة سبب وفاة المجنى عليه ، والسلاح الذى اسـتعمل فـى قـتله ...... وهكذا وقد عرفت الخبرة فى صورة استشارة الخبراء والفنيين فى المسائل الجنائية منذ زمن بعيد وضاعف من أهميتها الثورة العلمية وما واكـبها مـن تطـور هائل فى الأساليب العلمية المستخدمة فى مجال الكشف عن الجريمة(٣) .

وتعرف الخبرة .... " بأنها الاستشارة الفنية التى يستعين بها القاضى أو المحقق لمساعدته فى تكوين عقيدته نحو المسائل التى يحتاج تقديرها إلى معرفة أو درايـة علمية خاصة لا تتوافر لديه " (٤) والخبرة تتمثل فى إبداء رأى الخبير بشأن

---

(1) Matsopoulou (H), Les enquêtes de police, thése Paris, I, 1994 no S 835 – et SS.
- Stefani, Levasseur et Boulac, Op. Cit, P, 382.
(2) Cass Crim, 17 Mars 1960. J.G.P. 1960-11- 641. note Chambon
- Cass Crim 16 Mai 1966 J.G.P. 1466 – 4 – 941 .
- راجع من الرسالة .... صـ ٢٣.

(٣) د / حسن صادق المرصفاوى ، مرجع سابق ، ص٤٩٦ – د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى ، مرجع سابق ، ص٢٤٣.

(٤) د / احمـد أبـو القاسم احمد ، مرجع سابق ، ص٢٨٢ – د / عادل حافظ غانم ، الخبرة فى مجال الاثبات الجنائى ، مجلة الأمن العام ، ١٩٦٨ ، ع ٤٣ ، ص١٩.

تقديــر مسألة ذات طبيعة خاصة تتطلب إدراكه ، إما بالملاحظة المجردة من خلال خلفــية علمية أو القيام بأبحاث وتجارب فنية حسب طبيعة المأمورية ثم استنتاج ما أدركه مطبقاً فى ذلك معلوماته العلمية أو الفنية الخاصة ثم نقل ما توصل إليه مدعماً بأســانيد من القواعد العلمية أو الفنية إلى القاضى أو السلطة التى انتدبته وهى بذلك وسيلة من وسائل الإثبات التى تهدف إلى كشف بعض الدلائل[1] .

١٥٤ـ القواعد القانونية التى تنظم أعمال الخبرة :

تنص المادة الأولى من المرسوم بق ٩٦ لسنة ١٩٥٢ الخاص بتنظيم أعمال الخبرة على ان "يقوم بأعمال الخبرة أمام جهات القضاء ، خبراء الجدول الحاليون ، وخبراء وزارة العدل ومصلحة الطب الشرعى ، والمصالح الأخرى التى يعهد إليها بأعمــال الخبرة وكل من ترى جهات القضاء عند الضرورة الاستعانة برأيهم الفنى مــن غيــر هؤلاء " وتنص المادة ٥٠ من هذا المرسوم بقانون على انه " إذا رأت إحــدى جهــات القضاء لظروف خاصة ندب خبير من غير المقيدين فى الجدول أو غير خبراء وزارة العدل أو قسم الطب الشرعى يتعين عليها أن تبين الظروف التى دعــتها إلى ذلك الندب" ويشترط للقيد فى جدول الخبراء التحرى عن سلوك الخبير والتأكد من حسن أهليته[2] .

١٥٥ـ الطبيعة القانونية لأعمال الخبرة :

لأعمــال الخبرة طبيعة قانونية متميزة فى كل مراحل الدعوى الجنائية ولها أسلوب وحدود ينظمها قانون الإجراءات وسوف نتناولها بإيجاز شديد فيما يلى .

١٥٦ـ (أولا) : فى مرحلة جمع الإستدلالات .

أجــاز قانــون الإجــراءات الجنائية فى المادة ٢٩ أ. ج لمأمورى الضبط القــضائى الاستعانة بالخبراء ليستطلع رأيهم فى بعض الأمور التى تعرض لهم فى أثــناء تأدية مهمتهم ولهم مطلق الحرية فى اختيارهم وفى تحديد الأعمال المطلوبة

---

(١) د / احمــد فتحــى ســرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ ، ص٤٩٤.

(٢) وردت هــذه الشروط فى القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٣٣ الذى حل محله المرسوم بق ٩٦ لسنة ١٩٥٢.

منهم ولكن ليس لهم الحق فى تحليفهم اليمين [1].

فالبحوث الفنية التى يقوم بها أهل الخبرة فى مرحلة الاستدلالات بناء على طلب مأمورى الضبط القضائى لا تعد من قبيل الخبرة إذ تؤدى دون اتباع الإجراءات الشكلية التى أوجبها القانون وهى الندب من سلطة التحقيق وأداء اليمين ، ولا يقدح فى الأهمية البالغة لإجراءات الاستدلال فى الدعوى الجنائية فكثير ما يترتب عليها نجاح سلطات التحقيق والمحاكمة فى الوصول إلى الحقيقة[2] .

وتخضع الخبرة كإجراء إستدلالى للقواعد نفسها التى يخضع لها سماع الشهود من حيث عدم جواز تحليفهم اليمين لذلك ترفق تقاريرهم بمحاضر جمع الاستدلالات باعتبارها من قبيل الشهادة المكتوبة وقد رتب القضاء على ذلك نتيجة مهمة وهى خضوعها إلى تقدير محكمة الموضوع من حيث قوتها التدليلية[3] ولا يجوز أن يؤسس الحكم الصادر بالإدانة على ما جاء فى هذه التقارير فقط[4] .

ويجوز لمأمور الضبط الإستعانة بالخبراء وتحليفهم اليمين إذا خيف ألا يستطاع فيما بعد سماع شهادتهم (م ٢٩ أ. ج فقرة ثانية) .

١٥٧- (ثانيا) : فى مرحلة التحقيق الابتدائى

لما كانت الخبرة من إجراء التحقيق الخاص بجمع الأدلة فإن المرحلة الأصلية لمباشرتها هى مرحلة التحقيق الإبتدائى والغرض من الخبرة فى هذه المرحلة هو مساعدة المحقق فى تكوين عقيدته للتصرف فى التحقيق الذى ينتهى بإصدار قرار بأن لاوجه لإقامة الدعوى ، أو بإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع وقد نظم المشرع أحكام الخبرة فى مرحلة التحقيق الابتدائى فى المواد من ٨٥ إلى

---

(١) د / عادل حافظ غانم ، مقال سابق ، ص٢٠.

(٢) د / إبراهيم حامد مرسى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص٣٨٦.

(٣) وفى هذا قضت محكمة النقض " الأصل فى تقدير آراء الخبراء والفصل فيما يوجه الى تقاريرهم من مطاعن واعتراضات مرجعه الى محكمة الموضوع التى لها كامل الحرية فى تقدير القوة التدليلية لتلك التقارير "

نقض ٩٨/١/٥ ، أحكام النقض ، س٤٩ ، رقم ٤ ، ص٢٦ – نقض ٩٨/١/١٨ ، رقم ١٦ ، ص ١١١ – نقض ٩٨/١٠/٨ ، رقم ١٤٠ ، ص١٠٣٩.

(٤) نقض ١٩٨٥/١/٢٤ ، احكام النقض ، س٣٦ ، رقم ١٦ ، ص١١٧.

٨٩ من قانون الإجراءات[1] ولا تعتبر الاستعانة بالخبراء فى حالة التلبس بالجريمة من قبيل الخبرة فى معناها الإجرائى وإنما هى من قبيل الاستدلالات العادية المترتبة على حالة التلبس بالجريمة[2].

وفى فرنسا : أجاز المشرع لمأمور الضبط القضائى - بمقتضى المادة ٦٠. أ. ج - عند إنتقاله إلى محل ارتكاب جريمة متلبس بها أن يستعين بالمتخصصين وعلى هؤلاء أداء اليمين قبل أدائهم لعملهم ما لم يكونوا من الخبراء المعينين وله قبل فتح التحقيق إجراء الأبحاث الفنية اللازمة واتخاذ كافة الإجراءات إلى حين وصول قاضى التحقيق[3] وقد استقرت أحكام النقض على أن الإستعانة بهؤلاء المتخصصين من قبل مأمورى الضبط لا يعد من قبيل أعمال الخبرة[4].

١٥٨- موقف الشريعة الإسلامية :

الخبير فى اللغة هو العالم[5] والخبر هو العلم بالشئ ومن ذلك قول الله

---

(١) عقيد عبد الواحد أمام مرسى ، التحقيق الجنائى علم وفن بين النظرية والتطبيق ، بدون جهة نشر وتاريخ ، ص٤٥ - د/ أحمد أبو القاسم ، مرجع سابق ، ص٢٩٧.

(٢) د / مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ، مرجع سابق ، ص٤٦٢.

(3)Cass Crim, 15 Mars. 1988, Bull, Crim. no 128.

ويلاحظ انه فى ظل النظام القديم لقانون الإجراءات الفرنسى أن من يريد التحقيق فى جرائم التلبس هو قاضى التحقيقات ويجب أن تكون التحقيقات مطابقة للحقيقة ... وتحت إشراف قاضى النيابة العامة - أما فى ظل قانون الإجراءات المعدل بق ٢٤ أغسطس ١٩٩٣ فأصبح لقاضى التحقيق صلاحيات قاضى النيابة العامة - أما فى ظل قانون الشرطة القضائية وله ندب الآخرين فى القيام بأعمال التحقيق من ندب الأطباء الشرعيين وغيرهم واتخاذ كافة إجراءات التحقيق المواد أرقام (٦٩ ، ٧٢ ، ١١٧ - أ. ج فرنسى المعدل).

- Champon (P) Le Juged' instruction, Paris, 4 éd, No 44. D. 17 -

(4) Cass Crim, 5 aût, B. No 263, 17 Oct, 1982, B., No 245.
Cass Crim, 10 Mai, 1984, B, No 168

وأجاز المشرع الفرنسى وبعض القوانين العربية لمأمور الضبط أن يستعين بالمتخصصين على أن يحلفوا اليمين قبل أدائهم لعملهم ...... المواد أرقام ٤٠ ، ٤١ ، أردنى ، ٦٢ جزائرى ، ٤٠ ، ٤١ سورى ، ٧٤ فرنسى.

(٥) مختار الصحاح ، مرجع سابق ، باب الخاء (خبير) ، ص١٦٨.

سبحانه وتعالى (وكيف تصبر على ما لم تحط به خبراً)[1] وفى الشريعة الإسلامية الخبيـر اسـم مـن أسماء الله الحسنى وهو يفيد أن الله هو المحيط بكل شئ فيقول سبحانه وتعالى (قالت من أنبأك هذا قال نبأنى العليم الخبير)[2] ويقول فى موضع آخـر (ألا يعلـم من خلق وهو اللطيف الخبير)[3] ولقد أخذت الشريعة الإسلامية بمبدأ الخبرة فى المسائل الجنائية والأصل فى ذلك قوله تعالى (وما أرسلنا من قبلك إلا رجـالا نوحى إليهم فأسالوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون)[4] فالمقصود بأهل الذكـر الخبـرة فـى كل فروع العلم المختلفة وبالتالى فإنه ينبغى على القاضى أن يستشير أهل الخبرة إذا صعب عليه الأمر وقد شاور عمر وعثمان وعلى - رضى الله عنهم -. قال مالك : كان عثمان رضى الله عنه إذا جلس للقضاء أحضر أربعة مـن الصحابة ثم استشارهم فإذا رأوا ما رآه أمضاه ، وقال : هؤلاء قضوا لست أنا قضيت "[5] وقال ابن فرحون : أنهم قالوا : لا يقضى القاضى إلا بحضرة أهل العلم ومـشورتهم "[6] وقديماً كان إذا أشكل على الإمام قيمة المسروق واختلف اهل العلم فقـال بعـضهم قيمـتها عشرة دراهم ، وقال بعضهم أدنى ، لم يقطع ، لأن كمال النصاب شرط يراعى وجوده حقيقة، وذلك يتقدم عند اختلاف المقومين فيه[7] .

ممـا تقـدم يتـضح أن للخبـرة أصلاً ثابتاً فى الإسلام وليس فى الشريعة الإسـلامية مـا يمـنع مـن أن يقدم الخبير تقريره كتابة ويطرح لمناقشة الخصوم ويخضع لمبدأ الاقتناع فللقاضى أن يأخذ به أو لا يأخذ حسب مدى اقتناعه.

وقـد يتعـرض الخبيـر لوسـائل من الضغط المادى والمعنوى من ذوى المصلحة لتغيير الحقيقة فى تقريره ، فما هو قيمة الدليل المتحصل ؟

فـى هـذه الحالة يكون الدليل المتحصل عليه مشوباً بعيب عدم المشروعية لأنـه تـم الحـصول عليه تحت تأثير الضغط والتهديد ومن ثم يجب على القاضى

---

(١) سورة الكهف – الآية (٦٨).
(٢) سورة التحريم – الآية (٣) .
(٣) سورة الملك – الآية (١٤) .
(٤) سورة النحل – الآية (٤٣) .
(٥) تبين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك ، مرجع سابق ، ص٣٢٢.
(٦) بنصرة الأحكام " لابن فرحون " ، مرجع سابق ، جـ١ ، ص٢٩.
(٧) المبسوط ، مرجع سابق ، ص٧٩ – د / احمد ابو القاسم احمد ، مرجع سابق ، ص٣٤١.

إســتبعاده - شــريطة أن يــستبين توافر شروط المكره فى حقه فإذا كانت الشروط منطــبقة علــيه اعتبر مكرهاً ولا يوقع عليه عقاب[1] ويلحق العقاب بالقائم بالإكراه عملاً بنص المادة ١٣٧ مكرر (أ) عقوبات والمضافة بموجب القانون ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ ثم عدلت بالقانون ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ الذى نص على أن " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنين كل من استعمل القوة أو العنف أو التهديد مع موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة ليحمله بغير حق على أداء عمل من أعمال وظيفته أو علــى الامتــناع عنه ولم يبلغ بذلك مقصده ، فإذا بلغ الجانى مقصده تكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين ...... إلى آخر نص المادة "

فهذا النص يحكم حالة الاعتداء على الخبير لكونه موظفاً عاماً ومن ثم فأى إعتداء يتعرض له من أجل القيام بالعمل أو الإمتناع عنه يجعل نص المادة (١٣٧) عقوبات واجب التطبيق على القائم بالإكراه حسب طريقة الاعتداء[2] .

---

(١) وفــى حالــة عدم إنطباق شروط الإكراه تساءل الفقه الفرنسى عن النص العقابى الذى يمكن تطبيقه على كذب الخبير فهو يقوم بإعداد تقارير بشأن المسائل التى يطلب منه دراستها وتبيان الرأى العلمى أو الفنى بصددها وهو يدعى أمام القضاء لتوضيح نتائج تقريره شفاهة أو الرد على إستيضاحات الخصوم بشأنها وانتهى الرأى إلى إعتبار الكذب فى التقرير المكتوب تزوير Pradel (J), La responsabilite penale de l'exert judiciare revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Paris, 1986. P. 256.
أمــا كذب الخبير شفاهة أمام القضاء فقد يبقى مثار للتساؤل إزاء التسليم بأنه لا يمكن اعتباره مــن قبيل الشهادة الزور على سند من أن شهادة الزور لا يمكن أن تصدر إلا عن شاهد وأن الخبيــر لا يعتبر كذلك لاختلاف مهمة كل منهما عن الآخر وإزاء ذلك قام المشرع الفرنسى بــتعديل المادة ٣٦٧ ع فرنسى ونص على عقاب المترجم الذى يخالف ما هو مكتوب بعقوبة الشهادة الزور ...... د / حاتم بكار ، مرجع سابق ، ص٣٩٣ .

(٢) د/ محمد السيد عبد الفتاح ، مرجع سابق / ص٣٢٠.

المطلب الثانى
محاضر جمع الاستدلال

١٥٩ـ المقصود بمحضر جمع الاستدلالات :ـ

جرى العرف على تسمية المحاضر التى تسبق مرحلة الدعوى باسم محاضر الاستدلالات وذلك تمييزاً لها عن محاضر التحقيق التى تجريها النيابة العامة أو قاضى التحقيق. ولم يستلزم القانون شكلاً معيناً لمحاضر الاستدلالات بل جعلها مجرد أوراق رسمية على سبيل التنظيم والإرشاد(١) وأوجب القانون على مأمور الضبط القضائى أن يثبت جميع الإجراءات الاستدلالية التى قام بها فى محضر موقع عليه منه ومبين به وقت اتخاذ الإجراءات ومكان حصولها ، ويجب ان يشتمل أيضاً على توقيع الشهود والخبراء الذين سمعوا ويرسل المحضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء المضبوطة ولا يترتب على إغفال هذا بطلان المحضر (٢).

ولم يستلزم القانون أن يصطحب مأمور الضبط معه كاتبا وقت مباشرته للتحقيق وجمع الاستدلالات ليقوم بتدوين ما يقوم به من إجراءات بالمحضر اللهم إلا فى الأحوال التى يباشر فيها مأمور الضبط إجراء بوصفه سلطة تحقيق وليس بوصفه سلطة استدلال كما فى حالات الضرورة التى يخشى فيها عدم إمكان إعادة الإجراء بمعرفة سلطة التحقيق كسماع شهادة المجنى عليه قبل وفاته . فإجراء الاستدلال والمحضر المثبت لها تخضع دائما لتقدير سلطة التحقيق والمحاكمة ولا تتمتع بحجية تحقيقات النيابة العامة بالنسبة لما ورد فيها من إجراءات وأقوال (٣).

---

(١) د/ حسن على حسن ، شرعية الأدلة المستمدة من الوسائل العلمية ، رسالة دكتوراه ، " جامعة القاهرة " ، ١٩٨٣ ، ص١٦٤ – د/ احمد محمود طه ، مرجع سابق ، ص٢٥.

(٢) د/ محمد زكى أبو عامر، مرجع سابق،/ ص١٥١ – د/ حسن ربيع ، مرجع سابق، ص٢٥ .

(٣) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٢٥٧ – د / رءوف عبيد ، مرجع سابق ، ص ٣٠٩ – د/ محمود أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص٣٤١.

- ونرى من جانبنا ضرورة وجود كاتب حال تحرير محضر جمع الاستدلالات ذلك أن الواقع العملى فى محاضر الاستدلالات يقوم مأمور الضبط بسماع من يرى سماعه بكتابة ما يروق له أحيانا فى محاولة لإثبات الواقعة على شخص ما وقد يؤدى ذلك إلى إدانة برئ كما أن الواقع العملى لا يقول بكتابته لكافة أقوال من يرى سماعه بل قد يكتب جزء ويترك الباقى وقد يكون الباقى من الأقوال ما يثبت التهمة أو ينفيها ومن هناك كان وجود كاتب معه ليتفرغ للكتابة أمر مهم ....
- د / عصام زكريا عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص١٤٦.

١٦٠- ما يترتب على مخالفة وجوب تحرير محضر :

إذا كـان القانون قد أوجب على مأمور الضبط تحرير محضر مثبت لجميع إجـراءات الاسـتدلالات التى قام بها وما تم وسؤال المتهم والشهود والخبراء فهل يترتب على مخالفة هذا الواجب البطلان ، أم أن هذا الواجب نص عليه القانون على سبيل التنظيم ؟.

ذهـب القـضاء فى المعنى الثانى باعتبار أن كل ما يجريه مأمور الضبط القضائى هو خاضع لتقدير سلطة التحقيق وسلطة المحكمة [1].

وهـذا القـضاء محـل نقـد الفقه - بحق - لأن تحرير محضر بإجراءات الاستدلال هو واجب وظيفى له أثره فى الإثبات ، فمادام يجوز للقاضى أن يستند فى حكمـه إلـى إجراءات الإستدلال متى اقتنع بحصولها فانه يتعين إثباتها فى محضر حتى تكون لها قيمتها القانونية فى الإثبات ولتكون حجة على الآمر والمؤتمر [2].

وإذا حـرر المحـضر فيجوز لمأمور الضبط القضائى أن يحرره بخط يده فلـيس بشرط لصحة المحضر أن يصطحب معه كاتباً ليتولى تحريره فذلك أمر لم يتطلبه القانون[3] ومع ذلك فإنه يتعين أن يصطحب مأمور الضبط القضائى معه كاتباً يتولـى تحريـر المحـضر وذلك فى حالة ما إذا ندب لمباشرة إجراء من إجراءات

---

(١) د / مأمون محمد سلامة ، مرجع سابق ، ص٤٧٨ - د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٥١ .

وفـى هذا قضت محكمة النقض " ان مجرد التأخير فى تحرير محضر ضبط الواقعة لا يدل بذاته على معنى معين ويكفى أن تقتنع المحكمة من الأدلة المقدمة إليها فى الدعوى بأن التفتيش قد أجرى وإنه أسفر عما قيل أنه تحصل عنه - "

نقض ١٩٤٣/٦/٢١ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٦ ، رقم ٢٢٢ ، ص٢٩٤ - نقض ٢٤/٤/١٩٧٨ ، أحكـام النقض ، س٢٩ ، رقم ٨١ ، ص٤٢٢ - نقض ٧٩/١١/٢٩ ، س٣٠ ، رقم ١٨٢ ، ص٨٤٥ - نقض ١٩٨٥/١٠/٢٠ ، س٣٦ ، رقم ٦٠ ، ص٨٩١.

(٢) د / عمـر الـسعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص٢٨٣ - د / إبراهيم حامد طنطاوى ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص٣٨٧ - د / حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص٣٦١ .

(٣) نقض ١٩٣٩/٣/١٣ ، مج القواعد القانونية ، جـ٤ ، رقم ٣٥٨ ، ص٤٨٦ ، ويكفى أن يكون المحضر قد حرر تحت إشرافه وزيل بتوقيعه " - نقض ١٩٤٣/٦/٢١، مج القواعد القانونية ، جـ٦ ، رقـم ٢٢٥ ، ص٣٠١ ، نقـض ٥٢/٣/٣ ، أحكـام النقض ، س٣ ، رقم ٢٨٣ ، ص٧٥٨.

التحقيق فإن أغفل ذلك عدا محضر من قبيل محضر جمع الاستدلالات[١].

وفـــي فرنسا : جعل المشرع الاختصاص بتحرير محاضر جمع الاستدلال مقصوراً على مأمورى الضبط المنصوص عليهم فى المادة ١٦ أ. ج فرنسى وذلك تحت إشراف ورقابة السلطة القضائية والأفراد الذين لهم هذه الصفات هم :

١) العمـــد ومـــساعدوهم وهؤلاء لا يمارسون السلطة المخولة لهم إلا فى نطاق مـــناطقهم أى فى نطاق إختصاصهم الاقليمى وذلك فى حالة غياب دوريات الشرطة أو الفرق الخاصة بالحرس وهم لديهم القدرة على الإستشعار المباشر بالمخالفات وعمل محاضر جمع الاستدلالات[٢].

٢) الـــضباط والخفـــراء فى الحرس القومى حيث لهم الحق فى تحرير محاضر جمـــع الاســـتدلالات حال أدائهم لمهامهم فى الحفاظ على الأمن أو إذا كانوا شهود لارتكاب مخالفة فى حالة تلبس[٣].

٣) المفتـــشين العمومـــيون والمـــساعدون لمأمـــوريات الشرطة القضائية وكذا الموظفـــون فـــى وزارة الداخلية والمدير أو مساعد المدير فى حرس وزارة الدفاع فهؤلاء مختصون بالبحث والمعاينة وكتابة محاضر جمع الاستدلالات فى المخالفات الخاصة بالطرق[٤].

أمـــا عمـــال الـــضبط المنصوص عليهم فى المادة ٢١ أ. ج فرنسى والذين يختـــصون بحمايـــة أمن الأشخاص والممتلكات وإحترام القوانين الخاصة بالشرطة الإقليمـــية وبصورة عامة التنفيذ المباشر لإرشادات العمدة فى إطار سلطة الشرطة

---

(١) نقض ١٩٦١/٢/٢٠ ، أحكام النقض ، س١٢ ، رقم ٤٠ ، ص٢٣٣.

(٢) العمـــد المختصين بالأحياء – (أحياء باريس ، ليون ، مارسليا) والموجودين منذ قانون ٣١ ديـــسمبر ١٩٨٢ والمساعدين لهم الذين يتمتعون بصفة ضباط الشرطة القضائية ... لهم الحق فى كتابة محاضر جمع الاستدلالات.

- Cass Crim, 25. Juillet, 1983, B . C no 226.
- وكذلك المساعدين الخاصين بالعمد والتى تحددت اختصاصهم من خلال المادة ١٢٢ – ٣ أ. ج فرنسى

(3) Montreuil, Jurisclasseur proc. Pén. art. 20 à 29, no 155.

(4) Natsopaulou, Op. Cit. No 17. P. 125.

ليس لديهم الصلاحية فى كتابة محاضر الاستدلالات إلا بصفة استثنائية إذا ما كلفوا بذلك [١].

وكـتابة تاريخ تحرير المحضر تعنى كتابة اليوم والشهر والسنة أما ساعة تحرير المحضر فيتعين بيانها إذا كان القانون يوجب تحرير المحضر فى خلال مدة معينة من إرتكاب الجريمة[٢].

وعقب الانتهاء من تسطير محضر جمع الاستدلالات يتعين التوقيع عليه من جانب محرره وكذلك من جانب الشهود والخبراء الذين سمعوا ويسمح لهم بالاطلاع عليه قبل توقيعهم[٣].

١٦١ـ قوة الإثبات لمحاضر جمع الاستدلالات :

نــص المشرع فى المادة ٣٠٠ من قانون الإجراءات " لا تتقيد المحكمة بما هــو مدون فى التحقيق الابتدائى أو فى محاضر جمع الاستدلالات ، إلا إذا وجد فى القانــون نــص على خلاف ذلك " ويتبين من هذا - أن محاضر جمع الاستدلالات تخضع كقاعدة عامة لمبدأ حرية القاضى فى الإقناع من حيث إطمئنانه إلى ما ورد فــيها. إلا أن ذلــك لا ينفى أن هذه المحاضر محاضر رسمية صدرت عن موظف عمومى ولذلك فهى حجة من ناحية إثباتها لوقوع الإجراء ذاته غير أن هذه الحجية ليــست ملــزمة للمحكمة فيمكن أن تقضى على عكس ما ورد فيها من وقائع مثبتة للجريمة[٤] .

---

(١) Stefani, Levasseur et Bouloc, Op. Cit. P. 383.

(2) Cass Crim 9 Fév. 1821. B No. 20.

- Cass Crim, 23 Avril. 1887. B. No 156.

- وتحريــر المحــضر قــد يكون إجباريا خلال فترة قصيرة - (مادة ١٩ أ. ج فرنسى) وأحيانــا فوراً (مادة ٦٦ أ. ج فرنسى)

- Cass Crim. 11 Fév. 1998, B.C no 55

(3) Cass Crim. 1 Mars. 1951. D. 1951. 1. 277.

(٤) د / مأمــون محمــد ســلامة ، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليها بالفقه والقضاء واحكام القضاء ، مرجع سابق ، ص٨٥٧ – د / محمود احمد طه ، مرجع سابق ، ص٢٥.

١٦٢ـ أثر الإكراه على الدليل المستمد من محاضر جمع الاستدلالات :

القاعدة في القانون المصرى أن ثبوت الوقائع المشكلة لأركان الجريمة ونسبتها إلى المتهم ، أمر يتوقف على اقتناع القاضى ولم يعن المشرع بوضع تعريف محدد للمراد بالإثبات فى المسائل الجنائية إكتفاء بإيراد النصوص التى تبين قواعد الإثبات فى المواضع المخصصة للاستدلال(١) والتحقيق الابتدائى (٢) والمحاكمة (٣).

ومن جانبنا نؤيد الرأى الذى ذهب إلى أن الإثبات الجنائى عبارة عن عملية تدليل على حقيقة واقعة جنائية بالبحث والتنقيب عن الأدلة بالطرق المشروعة ثم تقديمها أمام السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية وتقديرها من جانب القضاء. وهذا يعنى أن الإثبات فى المسائل الجنائية لا يقتصر على إقامة الدليل أمام قضاء الحكم فقط بل يمتد إلى إقامته أمام سلطات التحقيق ، وكذا أمام جهات الاستدلال (٤).

ومبدأ حرية القاضى الجنائى فى الإثبات يعنى أن له الحرية الكاملة فى الاستعانة بكافة طرق الإثبات التى يراها موصلة إلى الكشف عن الحقيقة فى أمر الدعوى المطروحة عليه وقد رددت محكمة النقض عندنا هذا المبدأ " أن القاضى الجنائى حر فى أن يستمد اقتناعه من أى دليل يطمئن إليه ، مادام أن لهذا الدليل مأخذه الصحيح من الأوراق ، وأن من حقه أن يأخذ فى هذا الشأن بأقوال المتهم فى حق نفسه وفى حق غيره من المتهمين وإن عدل عنها بعد ذلك مادام قد إطمأن إليها " (٥).

---

(١) المواد من ٢٤ إلى ٦٠ من قانون الإجراءات الجنائية.
(٢) المواد من ٨٥ إلى ١٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية.
(٣) المواد من ٢٧١ إلى ٢٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية.
(٤) د / محمد ذكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص٨٨٦ – د / حسن ربيع ، الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى، بدون جهة نشر ، ط١ ، ٢٠٠٠ ، جـ٢ ، ص١٢٩.
(٥) ٩٤/٤/٥ ، أحكام النقض ، س٤٥ ، رقم ٧٥ ، ص٤٧٣ – نقض ٩٤/١١/٥ ، رقم ١٥١ ، ص٩٧٦ – نقض ٩٧/٥/٢٧ ، س٤٨ ، رقم ٩٩، ص٦٦٣ – ٩٨/٣/٥ ، س٤٩ ، رقم ٤٩ ، ص٣١٦ – ٩٨/٤/١٣ ، رقم ٧٢ ، ص٥٤١.
وتطبيقا لهذا فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن " للمحكمة أن تأخذ بأقوال الشاهد فى محضر الشرطة متى استرسلت بثقتها اليها فانه لا على الحكم أن هو اعتمد على شهادة الشاهد ضمن ما اعتمد عليه فى قضائه بالإدانة.
نقض ١٩٩٦/٤/١٤ ، أحكام النقض ، س٤٧ ، رقم ٧٣ ، ص٥١٩
٩٧/٣/٢٣، أحكام النقض ، س٤٨ ، رقم ٥٥ ، ص٣٩٠ – نقض ٩٧/١٢/٨ ، رقم ٥٥ ، ص٣٩

- إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل هى محدودة من جهتين :

مـــن جهة يتعين على القاضى الإلتزام بعدم قبول الأدلة المحظور الإلتجاء إليها فى الإثبات الجنائى كما هو الحال بالنسبة لتوجيه اليمين الحاسمة مثلا مع أنها دليل مقبول فى المواد المدنية(١).

ومـــن جهة أخرى ، تجد حرية القاضى الجنائى فى الإثبات حدوداً لها فيما يفرضـــه المشرع صراحة بضرورة التقيد بأدلة معينة فى الإثبات دون أن يكون فى سـلطته التعويل على أنواع أخرى غيرها مثال ذلك الأدلة التى حددت للإثبات فى جريمة الزنا (٢) .

١٦٣ـ موقف الشريعة الإسلامية :

يـــوجد فى الشريعة الإسلامية خلاف فقهى حول حرية القاضى الجنائى فى الإثبات والاقتناع فهل هو حر فى تكوين عقيدته من أى دليل يراه كافياً لاقتناعه أو أنه مقيد فى ذلك بأدلة معينة وردت بها النصوص ؟

ويكمـــن أساس هذا الخلاف الفقهى فى تفسير معنى البينة فى حديث رسول الله (ﷺ) - "البينة على من أدعى واليمين على من أنكر " (١) وينحصر هذا الخلاف

---

(١) حيث انه من المقرر بنص المادة ٢٢٥ أ. ج " تتيح المحاكم الجنائية فى المسائل غير الجنائية التى تفصل فيها تبعا للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة فى القانون الخاص بتلك المسائل " وقـــد قضى فى هذا " حق القاضى فى تكوين عقيدته من أى دليل أو قرينة يرتاح إليها مادام لم يقيده القانون بدليل معين " نقض ٩٧/١/٢٣ ، أحكام النقض ، س٤٨ ، رقم ٢٠ ، ص١٣٩ - نقض ٩٨/٣/٢ ، س٤٩ ، رقم ٤٧ ، ص٣٠٠.

(٢) تـــنص المـــادة ٢٧٦ عقوبات على أن " الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القـــبض عليه حين تلبسه بالفعل أو إعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجـــوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم " – فالمستفاد من النص أن المشرع قيد إثبات وقوع الجريمة فى جانب شريك المرأة بأدلة معينة هى التلبس بالفعل ، أو الإعتراف ، أو المكاتيب أو الأوراق المكتوبة منه أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم. نقـــض ٩٣/٩/١٦ ، أحكام النقض ، س٤٤ ، رقم ١١٣ ، ص٧٢٦ – نقض ٩٧/٥/١٥ ، س ٤٨ ، رقـــم ٨٥ ، ص٥٦٤ - .... مزيد من التفصيل د / عبد الوهاب عمر البطراوى ، النظرية العامة لجريمة الزنا ، " رسالة دكتوراه " ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٨ ، ط٢ ، ص٥١٨ – وما بعدها.

(١) قـــال سعيد بن المسيب من عرف المدعى والمدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما قال : والمدعـــى من يقول: قد كان كذا والمدعى عليه من يقول : لم يكن. وقال غيره : المدعى هو

في مذهبين رئيسين .

الأول : مــذهب جمهــور الفقهاء ومن تبعهم (الحنفية والمالكية والشافعية والحــنابلة) وهم يرون أن البينة يقصد بها الشهود. ويستدل أيضا هذا المذهب على صحة رأيهم بما ذكره القرآن الكريم فى قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لــم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)[٢] وقوله جل شأنه (فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله) [٣] ولقــد حــصر أنــصار هذا المذهب وسائل الإثبات فى المواد الجنائية فى الشهادة والإقرار[٤].

ويــستدلون بأحاديث الرسول (ﷺ) " عن علقمة بن وائل عن أبيه قال : " جــاء رجل من حضر موت ورجل من كندة إلى النبى (ﷺ) فقال الحضرمى : يا رسول الله : إن هذا قد غلبنى على أرض لى كانت لأبى ، فقال الكندى : هى أرض فــى يــدى أزرعها ، ليس له فيها حق ، فقال رسول الله (ﷺ) للحضرمى : " ألك بيــنه؟ " قــال : لا ، قال " فلك يمينه . فقال : يا رسول الله ، الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف ، وليس يتورع من شئ . فقال : " ليس لك منه إلا ذلك " [٥].

وعن ابن عباس رضى الله عنهما " أن هلال أبن أمية قذف امرأته عند النبى (ﷺ) بشريك بن سمحاء فقال النبى " البينة أوحد فى ظهرك " [٦].

الطالــب والمدعــى عليه هو المطلوب وقال المحققون ان المدعى هو من كان قوله اضعف لخروجه عن معهود أو لمخالفة أصل والمدعى عليه هو من ترجح قوله بعادة او موافقة أصل أو قــرينه ، فالأصل كمن أن له مالاً على رجل فضعف قول الطالب وهو مدع وترجح قول المطلــوب وهو المدعى عليه لأن الأصل براءة الذمة فلو كان الحق ثابتاً وقال قد دفعته صار مدعياً لأن الأصل براءة من الذمة من الدفع ولأن الأصل بقاؤه عنده لأن الأصل بقاء ما كان علــى ما كان إلا أن كان عرف وقيض خلاف ذلك... لأبن حذى ، القوانين الفقهية ، المكتب الثقافية " بيروت " ، ص١٩٧ – علاء الدين السمر قندى ، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية " بيروت " جــ٣ ، ص١٨٢.

(٢) سورة النور آية رقم (٤)

(٣) سورة الطلاق آية رقم (٢)

(٤) د/ أحمــد أبو القاسم احمد ، مرجع سابق ، ص٤٦١ – د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٣٠٥.

(٥) عــبد العزيز حمد آل مبارك الاحسائى ، تبيين المسالك لتدريب السالك الى اقرب المسالك ، مرجع سابق ، ص٣٣.

(٦) عبد العزيز احمد ابن شعيب النسائى ، سنن النسائى ، المطبعة المصرية ، بدون تاريخ ، جــ ٦ ، ص١٧٢.

الثاني : مذهب ابن تيمية وابن القيم

يذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أن البينة كما وردت فى النصوص يقصد بها الحجة والدليل بصفة عامة ولم يقصد بها الشهود وحدهم فالبينة هى اسم لكل ما يبين الحق فهى أعم من البينة فى اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهد أو اليمين .

واستدلوا على ذلك:

١) جعــل رسول الله (ﷺ) الفراش قرينة على ثبوت النسب من صاحبه ، وذلك فى قوله صلوات الله عليه " الولد للفراش(١) وللعاهر(٢) الحجر " (٣).

وقد استدلوا من هذا الحديث على أن الزانى لو استلحق ولد المرأة التى زنا بها ولم تكن المرأة ذات فراش أنه يلحق ويثبت نسبه منه ما دام لم يكن هناك فراش يعارضه (٤) .

٢) أن رجلين اختصما إلى رسول الله (ﷺ) – فى دابة ، ليس لواحد منهما بينه ، فجعلها بينهما نصفين(٥) .

وبهــذا يــدل على انه . (ﷺ) - قضى بمقتضى القرينة لعدم وجود مرجح لبينة أحدهما على الآخر .

٣) جعــل النبى (ﷺ) - السكوت من جانب البكر إذنا فى زواجها ، وإماره على رضــاها ، وذلــك فى قوله عليه السلام : " لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن " قالوا وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت - وفى رواية "

---

(١) أى لصاحب الفراش ، وهو الزوج ، فإن كلا من الزوجين يسمى فراشا للأخر كما سمى كل واحد منهما لباسا للأخر ... المصباح المنير ، مرجع سابق ، " مادة فراش" .

(٢) العاهر : الزانى ، ويقال عهد الى امرأة إذا اتاها ليلا للفجور بها .

(٣) " للعاهر الحجر" : أى لاحق له فى النسب ، كقولهم : له التراب أى لا شى له ... فيض القدير ، مرجع سابق ، حـــ ٦ ، ص ٢٧٧ .

(٤) أحمد ابراهيم بك ، طرق الإثبات الشرعية ، مرجع سابق ، ص ٤٦٧ .

(٥) السيد سابق ، مرجع سابق ، حـــ ٤ ، ص ٢٤٩ .

البنت أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن ، وإذنها سكوتها" [١] .

والقرائن السابقة يمكن أن تسمى القرائن الشرعية وهى تلزم القاضى بمعنى أن دور القاضـــى يقتصر على مدى التحقق من انطباق القرينة الشرعية على واقعة الدعوى ثم يطبق قواعدها متى توافرت شرائطها [٢].

ومن جانبنا نؤيد الرأى الأول باعتبار أن أدلة القائلين بأن المقصود بالبينة " الـــشهادة والإقرار " لقوة الحجة وعدم توجيه نقد إليها يضعف دلالتها بالإضافة إلى ضـــعف أدلة المانعين مما جعلها غير قادرة على الإقناع. خاصة وأن العمل بالرأى الأول فـــيه حفاظ على حقوق الناس من التعرض للضياع ومنعاً للمعتدين من سلبها وتحـــرص الـــشريعة الإسلامية على تطلب مشروعية دليل الإدانة وعلى أن تتكون عقيدة القاضى من أدلة تم الوصول إليها بواسطة إجراء صحيح وقد روى أن سيدنا عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - كان يمر ليلة فى المدينة فسمع صوتا فى بيت فارتـــاب فى أن صاحب الدار يرتكب محرماً ، فتسلق المنزل وسور الحائط ورأى رجـــلا وإمرأة ومعهما رق خمر ، فقال له : يا عدو الله أظننت أن الله يسترك وأنت على معصية وأراد أن يقيم عليه الحد فقال له الرجل لا تتعجل يا أمير المؤمنين إن كـــنت عـــصيت الله فـــى واحـــدة فقد عصيته أنت فى ثلاث : قال الله تعالى (ولا تتجســـسوا) وأنـــت تجســـست ، وقال الله تعالى (وأتوا البيوت من أبوابها) وأنت تـــسورت وصعدت الجدار ونزلت منه ، وقال تعالى (ولا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا و تسلموا على أهلها) وأنت لم تسلم فخجل سيدنا عمر وبكى ، وقال للـــرجل : هـــل عـــندك من خير إن عفوت عنك ، قال نعم ، قال له أذهب عفوت عنك [٣] .

---

(١) منصور على ناصف ، التابع الجامع للأصول فى أحاديث الرسول ؟ مطبعة عيسى الحلبى ، ط ٢ ، جـــ ٢ ، ص ٢٦٦

(٢) د/ هلالى عبد اللاه احمد ، النظرية العامة للإثبات فى المواد الجنائية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق " جامعة القاهرة " ، ١٩٨٤ ، ص ٩٨٢

(٣) د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص٣٠٤.

وكـــان عمر بن الخطاب قد دخل على قوم يتعاقرون على شراب ويوقدون فـــى اخــصاص. فقـــال: نهيــتكم عـــن المعاقرة فعاقرتم ، ونهيتكم عن الإيقاد فى الاخــصاص فأوقــدتم . فقالـــوا : يـــا أميـــر المؤمنين : قد نهاك الله عن التجسس فتجســـست، ونهـــاك عـــن الدخـــول بغير أذن فدخلت : فقال عمر : هاتان بهاتين وانصرف [٢].

وهكـــذا يتبـــين لنا أن الإسلام لا يعول على الدليل المستمد من إجراء غير مشروع لأنه دليل تم الحصول عليه على حساب قيم العدالة وأخلاقياتها ومقتضيات الحفاظ على الكرامة البشرية للمتهم وحقه فى الدفاع وهو بهذا الوصف إجراء غير مشروع ومن ثم غير مقبول فى الإثبات.

(٢) د / القطـــب محمـــد القطب ، الإسلام وحقوق الإنسان "دراسة مقارنة" ، بدون جهة نشر ، ١٩٨٤ ، ص٢٩٢.

المبحث الثالث
الإجراءات المقيدة لحرية الأشخاص في مرحلة الاستدلال

١٦٤ـ تمهيد وتقسيم :

كـان موضـوع الاستيقاف من أهم الموضوعات التى نوقشت فى المؤتمر الدولـى الـذى عقدته مدرسة القانون بجامعة نورث وسترن فى أوائل عام ١٩٦٠ بمناسبة عيدها المئوى(١).

وكـان أهـم سـؤال طرح في المؤتمر حول مدى أحقية رجل الضبط فى اسـتيقاف أى شـخص لا تتوافر ضده دلائل كافية تبرر القبض ، وذلك للتحقق من شخـصيته وسـبب تواجده إذا كان مظهره او سلوكه قد أثار شكوك رجل الشرطة لأسـباب معقولة وقد انتهى المؤتمر إلى أنه لا يوجد تعريف دقيق لسلطات الشرطة في الاستيقاف بمعناه الصحيح والفرق بينه و بين التحفظ.

وعلـيه سـنتناول تقيـيد حرية الأفراد دون أن يكون مقبوضاً عليهم ، أى الإستيقاف والتحفظ من خلال مطلبين .

المطلب الأول : استيقاف الأشخاص

المطلب الثاني : التحفظ

---

(1) The Journal of Crim Law, Greminology and police science vol. 51, No.4, 1960, P. 386-440

... أشـار إليه د / ممدوح إبراهيم السبكى ، حدود سلطات مأمور الضبط القضائى فى التحقيق » دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، بند ١٦٥ ، ص٢٢٥.

المطلب الأول
الاستيقاف

١٦٥ـ تعريف الاستيقاف فقها :ـ

يجوز لرجال السلطة العامة سواء كانوا من رجال الضبطية القضائية أو من غيرهم ، إستيقاف الأشخاص للتحقق من شخصياتهم ، بوصفه إجراء من إجراءات منع وقوع الجرائم[١]. فالإستيقاف لا يعدو أن يكون مجرد إيقاف إنسان وضع نفسه طواعية وإختياراً موضع الريب والظن ، وكان هذا الوضع ينبئ عن ضرورة تستلزم تدخل المستوقف للتحرى والكشف عن حقيقته وذلك بسؤاله عن إسمه وعمله ومحل إقامته ووجهته [٢] وعرفه رأى آخر بأنه مجرد ، إيقاف عابر السبيل عند الضرورة لتوافر شبهات كافية لسؤاله عن اسمه وعنوانه ووجهته [٣] وعرفه رأى أخير بأنه إجراء بمقتضاه يحق لرجل السلطة العامة أن يوقف الشخص ليسأله عن هويته وعن حرفته ومحل إقامته ووجهته إذا اقتضى الحال[٤].

وعلى الرغم من تعدد التعريفات التى أعطاها الفقه للإستيقاف إلا أنها جميعا لا تخرج عن تعريفه بأنه " إجراء إدارى يستلزم تدخل رجل السلطة العامة إذا ما وضع الشخص نفسه طواعية واختياراً موضع الريب والظن وذلك للتحرى والكشف عن حقيقته "

١٦٦ـ تعريف محكمة النقض :

هذا وقد عرفت محكمة النقض الإستيقاف بأنه " إجراء يقوم به رجل السلطة العامة على سبيل التحرى عن الجرائم وكشف مرتكبيها. ويسوغه اشتباه تبرره الظروف مما يستقل به قاضى الموضوع بغير معقب ، وهو أمر مباح لرجال

---

(١) د / عبد الرءوف مهدى ، مرجع سابق ، ص١٨٦.

(٢) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٦٩ – د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٦٢

(٣) د / رءوف عبيد، المشكلات العملية الهامة فى الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٢٤١.

(٤) د / مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات معلقا عليها بالفقه واحكام القضاء ، مرجع سابق، ص٢٤١.

السلطة العامة إذا ما وضع الشخص نفسه طواعية منه واختياراً فى موضع الريب والظن وكان هذا الوضع ينبئ عن ضرورة تستلزم تدخل المستوقف للتحرى والكشف عن حقيقته عملا بحكم المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية " (١).

ومع ذلك فإن محكمة النقض توسعت فى السلطات المترتبة على الإستيقاف فأجازت لرجل السلطة العامة اقتياد المستوقف إلى قسم الشرطة للتحرى عنه (٢) وهو توسع لا سند له فى القانون لأنه عمل ينطوى على تعطيل لحرية المشتبه فيه الشخصية فهذا هو القبض بمعناه القانونى والذى لم تجزه المادة ٣٤ من قانون الإجراءات إلا لرجل الضبط القضائى وبالشروط المنصوص عليها فيها وإذا كان الاقتياد فى أعقاب الاستيقاف غير جائز فمع ذلك يكون جائزا متى أعقب الاستيقاف تخلى اختيارى عن جسم الجريمة بما يؤدى إلى نشوء حالة التلبس وفى هذا قضت محكمة النقض " أن التلبس بالجريمة عنصر لاحق للإستيقاف غير منفصل عنه ونتيجة مستمدة منه . عدم إبداء المحكمة رأيها فى صحة الاستيقاف تسويغاً للقبض على الطاعن - قصور " (٣).

---

(١) نقض ١٩٦٨/٣/١٨ ، أحكام النقض ، س١٩ ، رقم ٦ ، ص٣٢٨ – نقض ١٩٧٠/١/١٢ ، س٢١ ، رقم ١٨ ، ص٧٤ – نقض ٧٦/١/٥ ، س٢٧ ، رقم ٤ ، ص٣٤ – نقض ٧٩/١/٢٥ ، س٣٠ ، رقم ١٥٩ – نقض ٩٦/٤/٢١ ، س٤٧ ، رقم ٧٧ ، ص٥٥١.

(٢) ١٩٥٨/١/٢٠ ، أحكام النقض ، س٩ ، رقم ١٢ ، ص٥٤ – نقض ١٩٦٠/٥/٢ ، س١١ ، رقم ٧٩ ، ص٣٣٩ – نقض ١٩٧٤/٢/١٠ ، س٢٥ ، رقم ٢٦ ، ص١١١.

(٣) ١٩٨٨/٤/٧ ، أحكام النقض ، س٣٩ ، رقم ٨٤ ، ص٥٥٥ – وقد قضت محكمة النقض " أنه إذا كانت هناك شبهات ظاهرة حيث وضع المتهم نفسه موضع الريبة والشك إختياراً وطواعية بتنقله من مكان لآخر فوق رصيف المحطة بشكل ملفت للنظر ويثير الشبهة مما يوفر مبرراً لاستيقافه لاستكناه أمره والتحقيق من شخصيته ومن ثم فان طلب رجل الضبط من المتهم بطاقة الشخصية فى هذه الظروف ثم الإمساك به عند محاولته الفرار بعد تظاهره بإبرازها من ملابسه والذى ثبت بعد ذلك أنه مسجل سرقات يعد استيقافا لا قبضاً فإذا ثبت أنه لا يحمل بطاقة شخصية تكون جريمة عدم تقديم البطاقة متلبسا بها ومن ثم يحق لرجل السلطة اقتياده إلى مأمور الضبط لاستيضاحه والتحرى عن حقيقة أمره وقيام رجل الضبط بهذا الإجراء رغم أن الجريمة ليس معاقبا عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة أشهر يعد مجرد تعرض مادى ...... فإذا ما عثر الضابط عند تفتيشه وقائيا على لفافتى المخدر بجيب سترته اليمنى وكانت بهذا الحجم فإن الإجراء يكون صحيحا – نقض ١٩٩٦/٤/٢١ ، أحكام النقض ، س٤٧ ، رقم ٧٧ ، ص٥٥١ .

كمــا أنه من المقرر أيضاً " إذا كان تخلى المشتبه فيه عما فى حيازته كان علــى غيــر إرادته وإنما نتيجة إكراه مادى كانتزاع الشئ من يده أو إكراه معنوى كـتهديده بإطلاق النيران عليه إذا لم يتخل عما بحيازته فلا يكون التخلى مشروعا - فــإذا كــشف التخلــى عــن حالة تلبس كانت باطلة وبطل معها إجراءات القبض والتفتيش [1].

١٦٧- حالات تتوافر فيها مبررات الإستيقاف :

ذهبت محكمة النقض إلى توافر مبررات الإستيقاف وما يترتب على ذلك من مشروعية فى حالات متعددة منها.

" إذا كانت المحكمة قد أثبتت بما أوردته من ظروف الدعوى أن المتهم كان يــسير بــسيارته مخالفا للوائح بسيره فى شوارع المدينة بسرعة اكثر مما يستلزمه حــسن القيادة فى مثل هذه الظروف الأمر الذى هو مما يجب على ضباط البوليس مراعاة تنفيذه فإن إستيقافه السيارة لاتخاذ ما يلزم بشأنها يكون صحيحا " [2].

---

(١) ٦٦/٢/٢١ أحكــام الــنقض ، س١٧ ، رقم ٣٢ ، ص١٧٥ - وعليه قضت محكمة النقض " ســقوط لفافة المخدر عرضاً من المتهم لا يعتبر تخلياً منه عن حيازتها . عدم استبانة الضابط محــتوى اللفافة إلا بعد أن فضها - لا يوفر حالة التلبس ...... نقض ١٩٩١/٢/١٩ ، أحكام النقض ، س٤٢ ، رقم ٥٠ ، ص٣٧٢.

(٢) نقض ١٩٥٩/١٠/٦ ، أحكام النقض ، س١٠ ، رقم ١٦٤ ، ص٧٦٧ . ولكن لا يترتب على اعتــبار المــتهم متلبــسا بجريمة قيادة السيارة بسرعة اكثر من المسموح به قانوناً أية سلطة لمأمــور الــضبط القــضائى فى القبض والتفتيش لأن هذه الجريمة غير معاقب عليها بعقوبة الحــبس مــدة تــزيد على ثلاثة أشهر ... عُدلت مادة العقوبة . المادة ٧٥ من قانون المرور بموجب القانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٩ " مع عدم الإخلال بالتدابير المقرره فى هذا القانون أو بأيــة عقوبة أشد فى أى قانون آخر يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقــل على مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب فعلا من الأفعال الآتية :

١- قيادة مركبة آلية بسرعة تجاوز الحد الاقصى للسرعة المقررة

٢-......... ٣- .... ٤- .... ٥- .... ٦- .... ٧- .... ٨- .... ٩- .... ١٠- ....

وفــى جميع الأحوال تضاعف العقوبة عند ارتكاب فعل من ذات نوع الجريمة الأولى خلال ستة شهور من ارتكابها .

كمــا يعد من قبيل الاستيقاف طلب ضابط الشرطة بطاقة شخص لاستكناه أمــره " [1] وكـــذا فى " إشارة رجل الضبطية القضائية لقائد الموتوسيكل بالوقوف وعدم امتثاله لذلك بل زاد من سرعته محاولاً الفرار مع علم الضابط بأنه يقوم بنقل كمية من المخدرات يعد إستيقافاً قانوناً له ما يبرره من الظروف " [2] ويعد استيقافا لــه ما يبرره ما انتاب رجل الضبط من ريب وظن بشأن تصرف الطاعنين عندما كانــا يسيران بحالة تدعو إلى الاشتباه وبيد أحدهما جوالا ولما اقترب منهما وطلب مــنهما التوقف لاذا بالفرار تاركين الجوال الذى كان يحمله أحدهما ، فإن مثل هذه الإمارات تبيح له إستيقاف الطاعنين للتحرى والكشف عن حقيقة أمرهما [3].

١٦٨ـ حالات تنتفى عنها مبررات الإستيقاف :ـ

اســتقر قــضاء النقض على انتفاء مبررات الاستيقاف " إذا كان المخبر قد اشــتبه فى أمر المتهم لمجرد تلفته فى الطريق وهو أمر لا يتنافى مع طبائع الأمور ولا يــؤدى إلــى ما يتطلبه الإستيقاف من مظاهر تبرره ، فإن الاستيقاف على هذه الصورة هو القبض الذى لا يستند الى أساس فى القانون فهو باطل [4].

كما قضت بانتفاء مبررات الاستيقاف فى واقعة تتلخص فى ارتباك شخص بــداخل مقهــى عــند رؤيته ضابطين يدخلانه ثم قيامه بمد يده إلى جيب صديريه محــاولاً الخروج ثم عدوله عن ذلك فليس فى كل ذلك ما يدعو إلى الاشتباه لأنه لا يتنافى مع طبيعة الأمور [5].

١٦٩ـ آثار الإستيقاف :ـ

متى توافرت مبررات الإستيقاف جاز لرجل السلطة العامة إستيقاف المشتبه فــيه لــسؤاله وسؤال المستوقف مقيد بقيدين : الأول : ألا يتجاوز الاستيقاف زمنيا الوقت اللازم لسؤال المستوقف وتلقى الجواب وإلا عد قبضا وهو أمر محظور على

---

(١) ١٩٧٠/١٠/٥ ، أحكام النقض ، س٢١ ، رقم ٩ ، ص٤٣.

(٢) ١٩٧١/١١/٨ ، أحكام النقض ، س٢٢ ، رقم ١٥٢ ، ص٦٣١.

(٣) ١٩٩٨/٣/٣١ ، أحكام النقض ، س٤٩ ، رقم ٦٤ ، ص٤٩٤

(٤) ١٩٥٧/١٢/٣٠ ، أحكام النقض ، س٨ ، رقم ٢٧٣ ، ص٩٩٨.
– نقض ١٩٦٠/٥/٣٠ ، س١١ ، رقم ٩٦ ، ص٥٠٥.

(٥) ١٩٦٢/٤/١ ، أحكام النقض ، س١٣ ، رقم ٨٥ ، ص٣٣٩.

رجال السلطة العامة من غير مأمورى الضبط إلا فى الحدود التى بينتها المادة ٣٨ كمـا أنـه محظور على مأمور الضبط القضائى مادام لم تتوافر حالة من الحالات الواردة فى المادتين ٣٤ ، ٣٥ إجراءات [١].

الثانـي : ألا يـنطوى الاستيقاف على مساس بالحرية الشخصية وإلا كان الإجراء قبضا لا إستيقافا وهو ما يترتب عليه بطلانه [٢].

كما أنه لا يجب تفتيش شخص المتهم بحثا عن جسم الجريمة حتى ولو كان التفتـيش وقائيا والقول بغير ذلك معناه إهدار الخيط الرفيع الذى يفصل بين القبض والإستيقاف[٣] ويترتب على ذلك أنه إذا قام رجل السلطة العامة بتفتيش المشتبه فيه فأسـفر ذلـك عن أدلة جديدة كان الإجراء باطلا ولا يقوم به حالة التلبس [٤] وأن الـرأى القائـل بعدم تفتيش الشخص وقائيا بناء على الاستيقاف [٥] يكون قد أصاب عـين الحقيقة لأن التفتيش كالقبض إجراء من إجراءات التحقيق ولا يجوز الإلتجاء

(١) وفـى هـذا قـضت محكمة النقض بأنه متى كان المخبران قد استوقفا المتهم وهو سائر فى الطـريق وأمسكا بذراعيه واقتاداه على هذا الحال الى مركز البوليس فإن ما قاما به ينطوى على تعطيل لحريته الشخصية فهو القبض بمعناه القانونى المستفاد من الفعل الذى يقارفه رجل الـسلطة فى حق الأفراد والذى لم تجيزه المادة ٣٤ من قانون الإجراءات الجنائية إلا لرجال الضبط القضائى وبالشروط المنصوص عليها فيها ... نقض ١٩٥٧/١٠/٨ ، أحكام النقض ، س٨ ، رقم ٧٦٥ ، ص٢٠٥.

(٢) نقض ١٩٥٩/١/٢٧ ، أحكام النقض ، س١٠ ، رقم ٢٥ ، ص١١٢ – نقض ١٩٦٠/١/١٣ ، س١١ ، رقم ١١، ص٥٢ ، فإذا كان رجل السلطة العامة قد استوقف المتهمين وامسك بأحدهم واقـتاده إلى مكان قضاء فذلك قبض صريح ليس له ما يبرره ولا سند له فى القانون ٣٠/٥/ ١٩٦١ ، س١١ ، رقم ٩٦ ، ص٥٠٥ .

- د / إبراهيم حامد طنطاوى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٣٩٢ – د/ عبد الرءوف المهدى ، مرجع سابق ، ص١٨٨.
- د / احمـد إدريـس احمد ، افتراض براءة المتهم ، رسالة دكتوراه " جامعة القاهرة " ، ١٩٨٤ ، ص٣٥٢.

(3) Merele (R) et vitu (A), Op. Cit . P. 319.

(٤) د / هلالـى عـبد اللاه ، المركز القانونى للمتهم فى مرحلة التحقيق الابتدائى ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٨٩، ص٣٩٣.

(٥) د/ رءوف عبيد ، المشكلات العلمية الهامة فى الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٢٣٩ – د / ممدوح ابراهيم السبكى ، مرجع سابق ، ص٢٣٣.

إليه إلا إذا توافرت مبرراته ولو قررنا أن الإستيقاف يجيز التفتيش ولو وقائيا لاختلط مفهوم الاستيقاف بمفهوم القبض ولا أصبح القبض جائزاً بدون توافر شروطه وهو ما يشكل إعتداء على حرية المتهم.

١٧٠ـ رأينا فى الموضوع:

بادئ ذى بدء لابد من وضع مادة تنظم حالات الاستيقاف وكيفية مباشرته أسوة بالتشريعات العربية ولا يكفى الإرتكان إلى نص المادة " ٢٤ أ. ج " يجب على مأمورى الضبط القضائى ... ويجب عليهم وعلى مرؤسيهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التى تبلغ إليهم ...."

ومن ناحية أخرى نرى أن محكمة النقض قد توسعت فى قضائها وأجازت لرجل السلطة العامة مباشرة سلطات لا سند لها فى القانون والإقتياد المادى فى حقيقته تعرض مادى لحرية المستوقف لم يصرح به المشرع إلا فى أحوال القبض وفقا لنص المادة ٣٤ أ. ج - إضافة إلى تعارضه مع نصوص الدستور حيث نصت المادة ٤٠ منه " لا يجوز القبض على أى إنسان أو حبسه إلا بأمر من السلطة المختصة بذلك قانونا.

وأخيراً يجب أن يؤخذ بعين الإعتبار أن الإستيقاف يجب ألا يترتب عليه تفتيش المشتبه فيه وقائيا لأن هذا إهدار للخيط الفاصل فيما بينه وبين القبض ولأن المشاهد عمليا توسع رجل السلطة العامة للاستيقاف بصورة تنطوى على افتئات على حرية الأفراد[1] .

---

(١) وهذا ظاهر من الدراسة التى أجريت من أن الحصول على بيانات لواقعة الاقتياد الى قسم الشرطة لمحرر السؤال كان على النحو التالى.

الاقتياد للسؤال	العدد	النسبة المئوية
نعم	٤٤٥	٥٤,٧
لا	٣٦٨	٤٤,٨
غير مبين	٤	،٥
المجموع	٨١٧	١٠٠

ويبدو من الجدول ان اكثر من نصف الحالات كان الاقتياد فيها لقسم الشرطة لمجرد السؤال عن الواقعة المشتبه فى أمرها(٤٤٥) ٥٤,٧ % وان الباقى(٣٦٨) ٤٤,٨% كان الإقتياد لغير-

١٧١ـ مفهوم الإستيقاف فى القانون الفرنسى :

لا يجيز القانون الفرنسى لرجل الشرطة أن يستدعى أى شخص من الطريق ليسأله عن هويته لمجرد أن مظهر الشخص يثير إشتباهه غير أن هناك قدرا معينا لرجل الشرطة الفرنسى لممارسة اختصاصه وهذا القدر يمارسه رجل الشرطة فى حدود واجبه وهو كاف ولا حاجة إلى توسع سلطاته وأن عدم إبراز الشخص تحقيق شخصيته وقت طلبه يجيز لرجل البوليس مباشرة مهمته بالقبض الإدارى أي الإقتياد المادى (1).

=ذلك وهذه نتيجة لها أهميتها. وتبدو أهمية هذه النتيجة أيضا بالنسبة للتحليل التالى الخاص بإطلاق سراح المتهم بعد خضوعه للسؤال.

- إطلاق سراح المتهم فى قسم الشرطة.

هل أطلق سراح المتهم	العدد	النسبة المئوية
نعم	٢٩٤	٦٦,٢
لا	١٥١	٣٣,٨
المجموع	٤٤٥	١٠٠

ويتضح من هذا أن حوالى ضعفى الإجابات كانت لمتهمين تم إطلاق سراحهم بعد السؤال فى قسم الشرطة (٢٩٤) ٦٦,٢% ، دون أن تحولهم الشرطة إلى النيابة العامة وهذه الظاهرة تؤكد أن القبض الفعلى يتم بإقتياد الشخص الى قسم الشرطة ثم يطلق سراحه بدون أن تكون هناك دلائل كافية على أنه قد ارتكب جريمة ....

د / حسن صادق المرصفاوى ، معايير القبض " دراسة ميدانية " ، المجلة الجنائية القومية ، س١٣ ، ١٩٧٠ ، ع١ ، ص١٩

(1) Vouin (Robert), Police Detention and arrest priveleyes en France, J. Crim. L. C. &
P. S., vol . 51, 1960, P. 421.
- Lambert, Op. Cit., P. 358.

ومن التشريعات العربية ما نظمت الاستيقاف كالمادة ١٢ بحرينى ، ٢٦ سودانى ، ٥٢ كويتى ، ١٤ يمنى.

المطلب الثاني
التحفظ على الأشخاص

١٧٢- ماهية التحفظ فى التشريع المصرى :-

كان قانون الإجراءات الجنائية لدى صدوره فى سنة ١٩٥٠ يمنح مأمورى الضبط القضائى سلطة واسعة فى القبض على المتهمين ، ولم تكن هذه السلطة مقصورة على حالة التلبس بالجريمة ، بل كانت تشمل حالات عديدة بينتها المادة ٣٤ أ. ج قبل تعديلها (١) ولما صدر الدستور الحالى فى سنة ١٩٧١ نص فى المادة ٤١ منه على حظر القبض على الأشخاص أو تقييد حريتهم بأى قيد فى غير حالة التلبس إلا بأمر من سلطة التحقيق ، وقد اقتضى ذلك إدخال تعديل على قانون الإجراءات فعدل نص المادة ٣٤ بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ (٢) بحيث أصبح حق مأمور الضبط القضائى فى القبض مقصوراً على حالة التلبس بالجنايات والجنح بشروط معينة وحذف من النص ماعدا ذلك من حالات ثم بدا للمشرع أن يستبدل بالقبض نظاماً جديداً - هو التحفظ - فأضاف إلى المادة (٣٥) فقرة ثانية تنص على ما يلى : " وفى غير الأحوال المبينة فى المادة السابقة إذا وجدت دلائل كافية على اتهام شخص بارتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعد شديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة أو العنف ، جاز لمأمور الضبط القضائى أن يتخذ الإجراءات

---

(١) كانت المادة ٣٤ إجراءات جنائية قبل تعديلها تنص على أنه " لمأمور الضبط القضائى أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية على اتهامه فى الأحوال الآتية :
أولا : فى الجنايات. ثانيا : فى أحوال التلبس بالجنح إذا كان القانون يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة اشهر. ثالثا : إذا كانت الجريمة جنحة معاقباً عليها بالحبس وكان المتهم موضوعا تحت مراقبة البوليس أو كان قد صدر إليه إنذاراً باعتباره متشرداً أو مشتبهاً فيه ولم يكن له محل إقامة ثابت ومعروف فى مصر. رابعا : فى جنح السرقة والنصب والتفالس والتعدى الشديد ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة أو العنف والقيادة والاتجار بالنساء والأطفال وانتهاك حرمة الآداب وفى الجنح المنصوص عليها فى قانون تحريم زراعة المواد المخدرة أو الإتجار فيها أو حيازتها أو إستعمالها .... د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص٣١٠ – د / عوض محمد ، الوجيز فى قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون تاريخ نشر ، جـ١ ،ص٢٠٩.

(٢) المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٣٩ والصادر فى ٢٣ سبتمبر ١٩٧٢.

التحفظية المناسبة ، وأن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تصدر أمراً بالقبض عليه (١).

والمراد بالإجراءات التحفظية هنا مجموعة إجراءات احتياطية مؤقتة يتخذها مأمور الضبط القضائى للحيلولة دون هرب المتهم أو تأثيره على أدلة الاتهام إلى أن يتم عرض الأمر على النيابة العامة لإستصدار أمر بالقبض عليه.

ومن أمثلة الإجراءات التحفظية إقامة حراسة على مسكن المتهم لمنعه من مغادرته أو إقتياده إلى مركز الشرطة وإحتجازه به لفترة قصيرة أو تجريده من سلاح أو شئ يحمله وتنبئ ظروف الحال باحتمال أن تكون له علاقة بالجريمة. وهذه الإجراءات برغم ما قد تنطوى عليه من تقييد لحرية المتهم لا تعد قبضا ، وإنما هى إجراءات احتياطية اقتضت الضرورة مبادرة مأمور الضبط القضائى باتخاذها قبل المتهم الذى تدعو ظروفه إلى إستصدار أمر القبض عليه توقيا لهربه أو إخفائه أدلة الجريمة قبل صدور هذا الأمر (٢).

ومن جانبنا نرى أن اتخاذ مأمور الضبط القضائى للإجراء التحفظى قبل المتهم بالشروط المنصوص عليها فى المادة (٢/٣٥) إجراءات جنائية يتوافر فيه بصفة ضمنية معنى القبض المادى لأنه وبطبيعته ينطوى على قدر من المساس بالحرية الشخصية فى الحركة والتنقل إلا أن اتخاذ هذا الإجراء مبرر بتوافر حالة الضرورة الإجرائية والمصلحة فى كشف الحقيقة فى جناية أو جنحة خطيرة مع توافر دلائل كافية على إتهام من يتخذ ضده هذا الإجراء. إلا أنه يتعين أن يكون

(١) المادة ٢/٣٥ أ. ج المعدلة بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢.

(٢) وبصدد تحديد الطبيعة القانونية للإجراءات التحفظية التى يجوز لمأمور الضبط القضائى اتخاذها قبل المتهم الحاضر بمقتضى نص المادة ٢/٣٥ أ. ج جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بأنها " إجراء يختلف عن الضبط او القبض ، ويعتبر بمثابة إجراء وقائى حتى يطلب من النيابة العامة صدور أمرها بالقبض ، فهذا الإجراء لا يعتبر قبضا بالمعنى القانونى وليس فيه مساس بحرية الفرد ، إذ أن هذه الحرية يجب أن يزاولها فى الإطار الاجتماعى للمصلحة العامة وفق ما أشار إليه بعض الشرح ، فلا مساس بهذه الحرية إذا طلب من الشخص أن يمكث فى مكانه لحظات او فترة قصيرة .... " ...... د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، بند ٦٠٩ ، ص٥٧٧ – د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص٣١١ – د/ حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص٤١٣.

التحفظ لفترة وجيزة لا يتعدى الوقت اللازم لإستصدار أمر القبض عليه من النيابة[1]

١٧٣ـ شروط مباشرة التحفظ :

نص المشرع إعمالا لنص المادة ٢/٣٥ إجراءات جنائية على شرطين يتعين توافرهما لاتخاذ إجراء التحفظ على الأشخاص.

أولاً : نوع الجريمة :ـ

حدد المشرع الجرائم التي يجوز مع توافرها مباشرة إجراء التحفظ على المتهم وهي جنح السرقة والنصب والتعدى الشديد ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة والعنف وكذا الجنايات ومحظور في أي جريمة تعد جنحة غير ما ذكر أو مخالفة.

ثانيا : توافر الدلائل الكافية :ـ

وهذه الدلائل لازمة لمباشرة أي إجراء ينطوي على مساس بالحرية الشخصية فإذا انتفت هذه الدلائل أو كانت غير كافية بطل التحفظ وتقدير الدلائل المؤدية للإتهام ومبلغ كفايتها يكون بداءة لمأمور الضبط القضائي ، ولكن يخضع في تقديره هذا لرقابة سلطة التحقيق ومحكمة الموضوع[2] وعلى النيابة العامة قبل

---

(١) يجب ألا تزيد مدة بقاء الشخص تحت التحفظ على ٢٤ ساعة بحيث يتعين إخلاء سبيل المتحفظ عليه إذا لم تصدر النيابة العامة أمر القبض خلال هذه المدة لانه لا يعقل أن تكون ضمانات التحفظ أقل من ضمانات القبض من حيث مدته ... د/ عوض محمد الوجيز في قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٢٠٩ – د/ إبراهيم حامد مرسي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٣٩٥.

(٢) نقض ١٩٥٣/٣/٣٠ ، مجموعة أحكام النقض ، س٤ ، رقم ٢٤٣ ، ص٦٧٢ – نقض ١٩٥٥/٤/٤ ، س٦ ، رقم ٢٣٩ ، ص٧٣٥ – نقض ١٩٦١/٦/١٩ ، س١٢ ، رقم ١٣٥ ، ص ١٠٤ – نقض ١٩٧٠/٤/١٣ ، س٢١ ، رقم ١٤٢ ، ص٥٩٩ – نقض ١٩٧٤/١١/١٠ ، س ٢٥ ، رقم ١٥٥ ، ص٧١٥ – نقض ١٩٨٠/١٠/٨ ، س٣١ ، رقم ١٦٣ ، ص٨٤٢.

– وفي هذا قضت محكمة النقض بأنه لا يعتبر من قبيل دلائل الاتهام بجريمة معنية مجرد تقديم بلاغ ضد شخص بارتكاب هذه الجريمة ... نقض ١٩٣٧/١٢/٣٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٤ ، رقم ١٢٨ ، ص١١٩ – كما قضى بأن مجرد كون الطاعن من عائلة المتهمين المطلوب القبض عليهم في جناية قتل وارتباكه لما رأى رجال القوة وجريه عندما نادى عليه الضابط إن جاز معه للضابط استيقافه فانه لا يعتبر دلائل كافية على اتهامه في

إصـــدار أمـــرها بالقبض بناء على طلب مأمور الضبط القضائى أن تراجع تقديره لدلائل الاتهام التى استند إليها فى تقديم هذا الطلب وفيما اتخذه من إجراءات تحفظية قـبل المتهم المطلوب القبض عليه وذلك لأنه إذا كانت الدلائل منتفية أو غير كافية كان أمر القبض الذى تصدره النيابة باطلا كما تبطل أيضا الإجراءات التحفظية التى اتخذها مأمور الضبط القضائى [1].

١٧٤ـ الوضع تحت التحفظ فى التشريع الفرنسى :

حدد التشريع الفرنسى صراحةً المقصود بإجراء التحفظ على الأشخاص فقد أوضـــح قانـــون الإجـــراءات الفرنسى أن المقصود بالتحفظ هو ذلك الإجراء الذى تباشره سلطة الضبط القضائى بمبادرة منها وبدون أمر قضائى ضد شخص أو اكثر سواء كان مشتبها فيه أو شاهداً حسب الأحوال بوضعه تحت تصرفها (م ٦٣ أ.ج) أو احتجازه لمدة ٢٤ ساعة بصفة أساسية (م ٧٧ أ. ج) وبصفة استثنائية لمدة ٤٨ ساعة (م ٣٠ أ. ج) [2].

جناية تبرر القبض عليه وتفتيشه ... نقض ١٩٥٩/١/٢٧ ، أحكام النقض ، س١٠ ، رقم ٢٥ ، ص١١٢.

(١) د/ رءوف عبيد ، المشكلات العملية الهامة فى الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٣٣ – د/ أسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق ، ص١٣٥.

(٢) ومـــن الممكن ان تمتد الـــ ٢٤ ساعة لمدة مساوية شريطة أن يتم ذلك من خلال أمر مكتوب من النائب الجمهورى وليس من الضرورى مثول المعنى أمام قاضى التحقيق طالما لم يطلب سيادته ذلك (المادة ٦٣– البند الثانى) اما القصر من ١٣ إلى ١٦ سنة لا تمتد فترة الاحتجاز بالنسبة لهم مطلقا.

- Cass. Crim, 10 Mai. 2000, Bull. no 180; Crim 12 déc, 2000, Bull. no 369.
- Cass. Crim; 30 Janvier. 2001, Bull. no 26.
- أمـــا فـــى الحـــالات المرورية فإن المادة ٧٠٦ – ٢٩ من قانون الإجراءات تجيز فترة الاحتجاز لمدة ٤٨ ساعة وكذا فى حالات الإرهاب شريطة موافقة قاضى الحريات وبعد موافقة النائب الجمهورى.
- Levasseur, chavanne et Montreuil, Droit pénal et procédure pénale, Paris, 7 éd, 1983, P. 128.

هذا ولمأمورى الضبط القضائى والمنصوص عليهم فى المادة ١٦ أ. ج [١] مباشرة التحفظ دون المنصوص عليهم فى المادة ٢٠ أ. ج أو لعمال الضبط القضائى المعاونـــين وكذلك الموظفين الذين اسند إليهم القيام ببعض وظائف الضبط القضائى المنصوص عليهم فى المواد ٢٩ ، ٣٠ أ. ج[٢] وتختلف نوعية الأشخاص الذين يتم إخضاعهم للتحفظ تبعا لما إذا كان هذا الأجراء قد اتخذ فى مرحلة التحقيق الأولى أو فى حالة التلبس أو فى حالة الإنابة ففى مرحلة التحقيق الأولى يجوز التحفظ على أي شخص مادامت مقتضيات التحقيق تتطلب ذلك[٣] أما فى حالة التلبس فان المادة ٦٣ - فقـــرة أولـــى أجـــازت التحفظ على الأشخاص الموجودين فى محل الواقعة وكذا الأشخاص الذين توجد دلائل خطيرة تبرر اتهامهم[٤].

أمـــا فـــى حالة الإنابة فإنه إذا كان من الجائز مباشرة هذا الإجراء ضد أى شـــخص متى اقتضت الضرورة ذلك إلا أنه يمتنع مباشرة التحفظ الشرطى بالنسبة للمتهمين حيث أنه طبقا لنص المادة ١٥٢ أ.ج يحظر على مأمور الضبط استجواب المتهم [٥].

---

(١) راجع المطلب الثانى من الرسالة.

ويـــتم سماع أقوال المتحفظ عليه فى محضر معد لذلك ويذكر فيه الساعة والتاريخ الخاص ببداية التحفظ والسبب فى الاحتجاز وهى أمور ضرورية بالنسبة للمحتجز – (المادة ٦٤ البند ١ ، ٢ والمـــادة ٦٥ من قانون الإجراءات) وكذا مدة الاستجواب بالإضافة الى ذكر فترات الراحة التـــى تفـــصل بين فترات الاستجواب والذى من الممكن أن يتناول فيها المحتجز وجبة الغذاء (المادة ٦٤ البند أولاً أ. ج) ويلاحظ ان مخالفة هذا لا يؤدى إلى بطلان.

- Cass Crim ; 23 Mars 1982; J. G.P. 1982. 4-203.
- Cass Crim. 1 Fév. 1995, Gaz. Pol. 1995. II Som. 334.
- ويتعين على المتحفظ التوقيع فى الخانة المعدة لذلك .... راجع المرسوم الصادر فى .

21 Octobre 1983, portant autorisation pour les officiers et agents de police judiciaire de la police nationale d'utiliser un carnet de déclarations.

(2) Nat sopoulou, Op. Cit, No 77, P. 67.

(3)Cass Crim. 5 Janv 1973. D. 1973. 1.541. nate Raujau de Baulie.

(4) Stefani, levasseur et Bouloc, Op. Cit, No 477, P. 381.

(5) Cass Crim, 17 Juin 1964.2. 1594 1; nate Le clére Leigh; Et. Citée, P. 48.

الفصل الثانى
الإكـراه فـى مرحلـة التحقيـق

١٧٥ـ تمهيد وتقسيم :

يـشمل هـذا الفصل ثلاث مباحث هى القبض والتفتيش والإستجواب وهذه الأعمـال هـى مـن اختصاص سلطة التحقيق وقد نص المشرع على منح مأمور الضبط القضائى على سبيل الاستثناء الحق فى القيام ببعض إجراءات التحقيق والتى تخـتص بمباشـرتها أصلاً سلطة التحقيق مثل إجراءات القبض والتفتيش وذلك فى أحوال التلبس بالجريمة وكذا بناء على أمر الندب على نحو ما سيرد.

ووجه الاستثناء فى هذه الأحوال أن إجراءات التحقيق أساساً من اختصاص سلطة التحقيق وهى سلطة وضع المشرع فى اختيار أفرادها شروطا معينة تتناسب مع خطورة الدور الذى يقومون به وأهمها الخبرة والقدرة الفنية على إدارة التحقيق.

إلا أن المشرع لم يلتزم بهذا الأصل على الإطلاق بل خرج عليه فى بعض الحالات نزولاً على حكم الضرورة ، ولما كانت الضرورة تقدر بقدرها فقد حرص المشرع على حصر هذا الإستثناء فى الأحوال الاضطرارية وبشكل ضيق بحيث لا يجوز التوسع فيها أو القياس عليها حماية للحقوق والحريات الفردية.

ويمكن رد العوامل التى دفعت المشرع إلى تقرير هذا الاستثناء إلى عاملين رئيسين.

الأول : هو أن توافر حالة التلبس بالجريمة يفيد بأن أدلة الثبوت ترقى إلى القدر الكافى الذى لا يخشى معه التسرع فى الإتهام. والثانى هو المحافظة على أدلة الجريمة من الضياع ولذلك أجاز لمأمور الضبط القيام بإجراء التحقيق إستثناءاً حتى لا تـضيع معالم الجريمة أو تتعرض للعبث. ومن ثم لم يجد المشرع غضاضة فى تخويل مأمور الضبط القضائى سلطات واسعة فى التحقيق. لذلك نتعرض للموضوع فى ثلاث مباحث هى :

المبحث الأول : القبض.

المبحث الثانى : التفتيش

المبحث الثالث : الإستجواب.

المبحث الأول
القبض

١٧٦ـ تمهيد وتقسيم:

إن المساس بحرية الفرد لا تبرره إلا مصلحة أعلى هى حماية المجتمع الذى يكفل لكل شخص حماية حريته. فلا يقبض عليه أو يحبس إلا فى الأحوال التى ينص عليها صراحة فى القانون ولا يحصل هذا الحبس أو ذاك القبض إلا بناء على أمر صادر من موظفين تتوافر فيهم ضمانات خاصة تكفل استقلالهم وسلامة تصرفاتهم وهم عادة رجال النيابة العامة والقضاء[1] كما يعاقب الأشخاص الذين يتسببون فى سجن الأفراد أو حجزهم على خلاف حكم القانون. ولقدسية الحرية الفردية تنص عليها غالبا فى صلب دساتير الدول

---

(١) ينسب إلى الطريقة التى يتم بها الاشتغال بالوظيفة القضائية قدر ما يتمتع به القضاء من استقلال ومن ثم أدائهم لوظيفتهم ، حماية للحقوق المرتبطة بها.

ولم تلتق الأنظمة القانونية على طريقة واحدة فى هذا الصدد والتى حتماً تختلف عما كانت عليه فيما مضا – ففى فرنسا – مثلاً – كان ينظر إلى القضاة على انهم طبقة سامية مما جعل الأثرياء يحتكرون الوظائف القضائية اذ كان باستطاعتهم دفع مقابلها وساعد هذا على الاستبداد.

Vincent (Jean), Mantagnire et varinard (André), Le justice. et ses institutions ed. Dalloz, Paris, 1982, P. 482.

وباستقصاء الطرق التى عرفتها الأنظمة القانونية لشغل الوظيفة القضائية نجد أنها تنحسر فى أ الانتخاب ب التعيين جـ تعيين القضاه بالأمر

أما فى الإسلام فاختص ولى الأمر بوظيفة القضاء باعتباره القائم على شئون الرعية والمسئول عنها ولما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية وكثرت الأعباء وتشعبت أناطها بولاه ، انقطعوا لها وتفرغوا لمزاولتها والإضطلاع بأعبائها وقد كشفت رسالة على كرم الله وجهه إلى الاشتر النخعى عن دستور الفكر الإسلامي فى اختيار القضاه ومما جاء فيها " .... ثم إختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك فى نفسك ممن لا تضيق به الأمور ولا تحكمه الخصوم ولا يتمادى فى الذلة ولا يحصر من الغى إلى الحق إذا عرفه ولا تستشرق نفسه طمع ولا يكتفى بأدنى فهم إلى أقصاه اوقعهم فى الشبهات واخذهم بالحجج واقلهم تبرماً بمراجعة الخصوم وأصبرهم على كشف الأمور وأصرهم عند إيضاح الحكم ممن لا يتذهبه إطراء ولا يستميله إغراء ...... "

د / حاتم بكار ، مرجع سابق ، ص٩٣– د / حسن صادق المرصفاوى ، مرجع سابق ، ص٣.

وهـــي القوانين العليا للبلاد تحت عنوان " ضمانات الحقوق " لتسمو نصوصها على غيرها من التشريعات (١) وقد حرصت الدساتير على إيراد هذه الحريات

---

(١) حرص دستور جمهورية مصر العربية الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ في الباب الثالث منه "بعـنوان الحريات والحقوق والواجبات العامة " على تقرير عدد من الضمانات تتعلق بالحرية الشخصية في المواد الآتية :

- المادة ٤١ : " الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو .... إلى آخر نص المادة "
- المادة ٤٢ " كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأي قيد يجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان .... إلى آخر نص المادة "
- وقـد كـان مـن نتيجة صدور الدستور الدائم متضمنا المادة ٤١ ان صدر القانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ بـتعديل بعـض النصوص المتعلقة بضمان حرية المواطنين في القوانين القادمة وما يتـرتب عليه من تعديل المادة ٣٤ أ. ج مصرى بحيث لم يعد لمأمور الضبط القضائي سلطة القـبض إلا فـي حالـة التلبس بالجنايات والجنح المعاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاث شهور.
- كذلك فإن قانون الإجراءات الجنائية وضع مجموعة من النصوص (المواد ٤٠-٤٤) تهدف إلـى صـيانة الحـرية الفردية ضد القبض الجائر وقد عاقب قانون العقوبات المصرى على القبض على الناس وحبسهم بدون وجه حق بالمواد ٢٨٠ ، ٢٨١ عقوبات معدل بق ٩٥ لسنة ٢٠٠٣
- وكذا نص الدستور الفرنسى الصادر في ١٩٥٨/١٠/٤ في المادة ٦٦ منه على أنه " لا يجوز القـبض علـى أحد أو حبسه إلا وفق القانون – تحافظ السلطة القضائية على الحرية الفردية وتضمن احترام هذا المبدأ بالشروط المنصوص عليها في القانون "
- وقد اهتمت الدساتير الأجنبية بالتأكيد على مبدأ حماية الفرد ضد القبض التعسفي فاستلزمت أن يكون القبض وفق أحكام القانون.
- ومـن هـذه الدساتير دستور الجمهورية الإيطالية والصادر في ١٩٤٦/١١/٣ (المادة ٤٨) دسـتور جمهـورية الـصين الشعبية والصادر في ١٩٤٩/١١/٢٦ (المادة ٢٢) والدستور الأمريكـي والذى أدخل عليه التعديلات العشر الأولى والتي تسمي (إعلان الحقوق- وتبعه حقـوق الإنسان) والتى أدخلت عام ١٧٩١ وأكدت الحقوق الفردية والحريات فقد ذكرت هذه التعديلات .... حق الفرد في أن يحيا في مسكنه دون أن يتعرض للبحث أو القبض عليه دون سبب Un reasanable searches and sezure ....
- هـذا ولـم تعالج فكرة حقوق الإنسان فقط على مستوى داخلي في دساتير الدول بل أن هناك كثير من الاتفاقيات الدولية والإعلانات العالمية نذكر منها أساسا.

١. الماجناكارتا Magancarta الذى صدر عام ١٢١٥ ليعلن حقوق الشعب البريطاني.
٢. إعـلان الاسـتقلال الامريكـي عام ١٧٧٦ والذى جاء متاثرا بفلسفة جون لوك ، جان جاك روسو وفوليتر.
٣. الإعـلان الفرنسى لحقوق الإنسان والمواطن عام ١٧٨٩ والذى قدر حق كل فرد في الحرية والمساواة.
٤. الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتى عقدت في روما وأصبحت نافـذة ابتداء من الثالث من سبتمبر ١٩٥٣ .... د / عادل بسيوني ، الأصول التاريخية والفلسفية لحقوق الإنسان ، مقال سابق ، ص٣٩٢-
٥. عبد العزيز محمد سرحان ، الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان الأساسية ، دار النهضة العـربية ، ١٩٦٦ ، ص١١٠ – د / عـز الدين فودة ، الضمانات الدولية لحقوق الإنسان ، المجلة المصرية ، للقانون الدولى ، س٢٠ ، بدون تاريخ ، بدون عدد ، ص٨٩.

تأكـيداً لقدسـيتها إلا أن ذلـك لم يمنع من التعرض لها وفق ضوابط دستورية وتشريعية على النحو الذى يوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة.

وتعتبر حرية الفرد فى الغدو والرواح من الحريات الأساسية لذلك فإن تقييد هـذه الحـرية يتعين أن يكون مشروعاً ، وتتحقق هذه المشروعية متى كان التقييد مستنداً إلى نصوص دستورية وتشريعية.

وإذا كـان تقييد حرية الفرد فى الغدو والرواح يمكن أن يتم بوسائل مختلفة فإن ما يهمنا فى نطاق هذه الوسائل " إجراء القبض "

ودراسـة القبض تقتضى منا أن نتعرض لبيان ماهية القبض وأغراضه ثم ندرس بعد ذلك حدود سلطة مأمور الضبط فى القبض ثم ننتقل الى كيفية تنفيذه وذلك من خلال ثلاث مطالب على النحو الآتى .

المطلب الأول : ماهية القبض وأغراضه.

المطلب الثانى : حدود سلطة مأمور الضبط فى إجراء القبض.

المطلب الثالث : تنفيذ القبض.

المطلب الأول
ماهية القبض وبيان أغراضه

١٧٧ـ تقسيم :

نتولــى دراسة هذا المبحث فى فرعين ، فندرس فى الأول ماهية القبض ، وندرس فى الثانى أغراضه.

الــفـــرع الأول
مــاهية القبــض

١٧٨ـ المعنى اللغوى والاصطلاحى للقبض :ـ

قــبض الــشئ أخذه والقبض ضد البسط وبابهما ضرب ، والإنقباض ضد الانبــساط ، وانقبض الشئ صار مقبوضاً ، والقبضة (بالضم) ما قبضت عليه من شــئ ، ويقال أعطاه قبضة من تمر أى كفاً منه ، وتقبض الجلوة فى النار انزوت ، وقبض الشئ تقبيضاً جمعه وزواه ، وقبضة المال أعطاه إياه وقبض فلان على ما لم يسلم فاعله فهو مقبوض أى مات (١).

وكلمــة قــبض تقابــل فــى اللغة الفرنسية "Arrestation" وفى اللغة الإنجليــزية "Arrest" والفعــل يقبض فى اللغة العربية يرادف فى اللغة الفرنسية "Arreter" بمعنى يعوق أو يمنع.

أمـــا بالنــسبة لمعناه الاصطلاحى فقد تعددت التعريفات التى أعطاها الفقه المصرى للقبض ، فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه " حجز المتهم لفترة من الوقت لمنعه من الفرار ، وتمهيداً لسماع أقواله بمعرفة الجهة المختصة " (٢).

---

(١) محمــد بن ابى بكر عبد القادر الرازى ، مختار الصحاح ، مادة قبض ، مرجع سابق ، ص ٥١٩.

(٢) د / رءوف عبــيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص١٨٢ – د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص٣٠٦ – د/ أسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق ، ص١٥٩ – د / محمد أبو العلا عقيدة ، مرجع سابق ، ص٣٦٧.

وذهب رأى آخر " إلى أنه تقييد حرية المتهم فى الحركة لفترة زمنية محددة لوجــود دلائل كافية على ارتكاب جريمة وذلك لمنع هربه لحين استجوابه للتصرف فى أمره إما بحبسه احتياطيا أو الإفراج عنه " (١).

وعــرفه رأى أخر بأنه " سلب حرية الشخص لمدة قصيرة ، باحتجازه فى المكان الذى يعده القانون لذلك " (٢).

وعــرفه البعض فى التشريعات الجنائية العربية بأنه " حجر حرية الشخص لفتــرة قــصيرة مــن الوقت. ويأتى فى المرتبة الثانية بعد التوقيف من حيث مدى جسامته وخطورته ومساسه بالحرية الشخصية للفرد " (٣).

وعــرفه أخــر بأنه " تقييد حرية المتهم وحجزه ولو لفترة يسيره من الزمن ويفترض فيه أنه لا يتجاوز فترة وجيزة من الزمن " (٤).

ولــدى أن القبض هو إجراء من إجراءات التحقيق يستهدف الحد من حرية الشخص فى التحرك فترة معينة من الزمن وذلك تمهيداً لاقتياده لسلطة التحقيق ولو قسراً عنه تمهيداً لاستجوابه وإصدار أمر باستمرار حبسه أو إخلاء سبيله.

١٧٩ـ لدى القضاء :ـ

تعــددت التعــريفات التى قالت بها محكمة النقض للقبض فذهب فى بعض أحكامهــا إلــى القــول بأنه " مجموعة احتياطات وقتية صرفه للتحقق من شخصية المــتهم وإجراء التحقيق الأولى ، وهى احتياطات متعلقة بحجز المتهمين ووضعهم فى أى محل كان تحت تصرف الشرطة لمدة بضعة ساعات كافية لجمع الاستدلالات التى يمكن أن يستنتج منها لزوم توقيع الحبس الاحتياطى وصحته قانونا (٥).

---

(١) د / عــبد الــرءوف مهــدى ، مــرجع سابق ، ص٣٥٧ – د / حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص٤٠٣.

(٢) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٦٨.

(٣) د / محمد صبحى نجم ، أصول المحاكمات الجزائية الاردنى ، مرجع سابق ، ص١٨٦.

(٤) د/ مــدحت رمــضان ، شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادية لدولة الإمارات العربية ، مرجع سابق ، ص١٥٢.

(٥) نقض ١٩١٢/٦/١٥ ، المجموعة الرسمية ، س١٣ ، رقم ١٠٢ ، ص٢٠٧.

وقضت فى بعض أحكامها الأخرى بأن القبض على شخص هو " إمساكه من جسمه وتقييد حركته وحرمانه من حرية التجول دون أن يتعلق الأمر على قضاء فترة زمنية معينة " (١).

الفرع الثانى
أغراض القبض

لم تبين التشريعات أغراضاً محددة للقبض لكنه يمكن إستخلاص تلك الأغراض من الإجراءات اللاحقة للقبض ومن طبيعة تقيد الحرية والجبرية التى يتصف بها.

١٨٠ـ ضمان إحضار المقبوض عليه أمام القضاء :

يعد ضمان إحضار المقبوض عليه أمام القضاء المختص هو الضمان الفعال لتأكيد سلطة الدولة فى العقاب وخاصة فى الحالات التى تكون العقوبة فيها متضمنة لسلب الحرية ، فالغاية من الدعوى الجنائية هى الوصول إلى الحقيقة أيا كانت وإيقاع العقوبة على الخارجين على القانون.

ويبدو الأثر المباشر لغرض القبض هذا فى بعض التشريعات كما فى القانون الأردني والسورى حيث خولا مأمور الضبط القضائى سلطة تحريك الدعوى الجنائية أمام القضاء الجنائى مباشرة (٢).

١٨١ـ صيانة أدلة الإثبات مما قد يؤثر فى وجودها وفى صدق دلالتها:

تقييد حرية المتهم عن طريق القبض عليه يحول بينه وبين العبث بأدلة الجريمة كما يحول دون خلق أدلة أو قرائن من شأنها تلفيق الاتهام قبل أخر أو تضليل رجال الضبط ومن خلال القبض فيمكن مأمور الضبط من رفع آثار

---

(١) نقض ١٩٥٩/٤/٢٧ ، أحكام النقض ، س١٠ ، رقم ١٠٥ ، ص٤٨٢ – نقض ١٩٦٦/٥/١٦ ، س١٧ ، رقم ١١٠ ، ص٦١٣ – نقض ١٩٩٦/١٠/٩ ، س٤٧ ، رقم ١٣٧ ، ص٩٥١ – نقض ١٩٩٨/٦/١ ، س٤٩ ، رقم ٩٩ ، ص٧٥٢.

(٢) د / محمد صبحى نجم ، مرجع سابق ، ص٣٢٨ – د/ ممدوح إبراهيم السبكى ، مرجع سابق ، ص٢٠٦.

الجريمة وضبط أدلتها قبل أن تنالها يد الجاني بالعبث أو الإتلاف أو التلفيق [١].

لذلك اهتمت التشريعات بصيانة هذه الأدلة من خلال تقريرها لسلطة القبض ، بل أن بعضها مثل القانون الفرنسي قرر عقوبة الغرامة لمن يقوم بإحداث أي تعديل في مسرح الجريمة قبل إجراء المعاينة الأولى له (المادة – ٤٥ فقرة أولى) [٢].

١٨٢ـ حماية المقبوض عليه :

أن مباشرة القبض إذا كانت الجريمة في حالة تلبس مثلاً هو الحرص على المقبوض عليه نفسه وحمايته من أي إعتداء من قبل المجني عليه أو ذويه أو منعه من الاستمرار في إرتكاب جريمته أو العودة إليها مرة ثانية [٣] .

بل أن القبض على المتهم يوفر له حماية تجاه ما يراوده من أفكار توحي له بإلحاق الأذى بنفسه ويتحقق ذلك من خلال تجريد المتهم مما يحمله من أدوات قد يستخدمها في ذلك [٤].

---

(1)Blondet (Maurice), Reperatoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, Paris, 2 én ed. 1968, No. 1, P. 1

(2) Cass Crim, 24 Janv. 1967, Gal- Pal. 1967-1- Juris; 273.

- نصت المادة ٩ من القانون الصادر في ٢٧ نوفمبر لسنة ١٩٤٣ والمادة (٥٥) الفقرة الأولى على غرامة مالية من الطبقة الرابعة تصل بحدها الأقصى الى (٥٠٠٠) خمسة آلاف فرنك تفرض على الأشخاص الذين ليس لهم صفة قانونية (مثل الأشخاص الفضوليين أو رجال الشرطة السرية ...... الخ " الذين يأتون قبل عمليات التحقيق ويقومون بعمل بعض الإضافات أو التغييرات في المكان محل الجريمة حيث يتسبب تدخل هؤلاء وما يتسببون فيه من تغيير في محل الجريمة بأعمال ينتج عنها تدمير لبعض الآثار والأدلة أو ضياع وتلف العينات حيث أن مثل هذه الأعمال تتسبب مباشرة في وضع عقبات يحول دون إظهار الحقيقة والمتسبب في هذا يكون قد ارتكب جنحة يعاقب عليها بغرامة مالية والحبس طبقا للمادة (٤٣٤ – ٤) من قانون العقوبات (ثلاث سنوات ، وثلاثمائة ألف فرنك) وقد تصل العقوبة إلى خمس سنوات وغرامة تصل إلى ٥٠,٠٠٠ ألف فرنك) إذا ما كان الشخص المتسبب في هذا قد استغل وظيفته بدلا من أن يستغل المنصب في كشف الحقيقة ....
- Merle et vitu, Op. Cit, No 319, P. 382.

(3) - Blondet (Maurice), Op. Cit. P. 1311.

Blondet, Les pouvairs de La Police, OP. Cit, Cit. P. 25.

(٤) د / إبراهيم حامد مرسي ، مرجع سابق ، ص٦٧٧.

المطلب الثانى
حدود سلطة مأمور الضبط فى إجراء القبض

١٨٣ـ تمهيد وتقسيم :

القبض كما ذكرنا يمس الحرية الشخصية للأفراد إلا أنه ضرورى للكشف عن الجريمة تحقيقاً لأمن المجتمع والأصل أن سلطة القبض مخولة لسلطة التحقيق ، فجهاز الشرطة سلطة استدلال إلا أن القانون تحقيقا للسرعة المطلوبة وفى أحوال بعينها نص على سلطة القبض لمأمور الضبط كسلطة ذاتية ، وفى أحوال أخرى نص القانون على أن يكون القبض بطلب من سلطة التحقيق وفى ثالثه أن يصدر أمر بالضبط والإحضار. وعلى ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع على النحو الآتى :

الفرع الأول : حدود مأمور الضبط فى أحوال التلبس.

الفرع الثانى : حدود مأمور الضبط فى غير أحوال التلبس.

الفرع الثالث : حدود مأمور الضبط عند تكليفه بالقبض.

الفرع الأول
حدود مأمور الضبط فى أحوال التلبس

نصت المادة ٣٤ إجراءات جنائية والمعدلة بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢ " لمأمور الضبط فى أحوال التلبس بالجنايات أو الجنح التى يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر ، أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية على اتهامه "

وواضح من هذه المادة أنه يشترط أولاً أن تثبت " حالة تلبس صحيحة " بجناية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة اشهر. ثم يشترط ثانيا – أن تكون لدى مأمور الضبط دلائل كافية على اتهام شخص حاضر بارتكابها. فيتولد

فــى تلــك اللحظـــة وحـــدها – لمأمور الضبط القضائى سلطة الأمر بالقبض على المتهم [١] وسوف نبحث هذه الشروط على النحو الآتى:

١٨٤- توافر حالة التلبس بكافة عناصرها.

وقــد أعطـــى القانون لمأمور الضبط القضائى القبض على المتهم بارتكاب جريمة متلبس بها دون الرجوع إلى سلطة التحقيق. وتحقق الجريمة على هذه الحالة يعتبــر شرطا لصحة القبض ، ومن ثم يجب أن يكون اكتشاف الجريمة المتلبس بها ســابقاً علـــى إجراء القبض [٢] وإلا كان باطلاً. فلا يصح هذا القبض بعد ذلك ولو أعقبه وجود جريمة متلبس بها لأن وقوع الجريمة فى تلك الحالة يكون نتيجة للقبض وليس سبباً لها [٣].

---

(١) د / محمد زكى عامر ، مرجع سابق ، ص٢٦٦ – د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٧٤ – د/فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٥٨ – د / أسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق ، ص١٦١.

(٢) تطبــيقا لــذلك قضى بأنه " إذا كانت الواقعة هى أن ضابط المباحث كلف أحد المرشدين بأن يشترى مخدرا من شخص علم من تحرياته أنه يتجر فى المواد المخدرة ثم سار خلف المرشد حتى وصل إلى منزل هذا الشخص فدخله المرشد وانتظر الضابط خارجه ، ثم خرج المرشد ومعه المخدر فان الضابط إذا شاهد المخدر مع المرشد عقب حصوله عليه داخل المنزل يكون قــد شــاهد الجــريمة متلبسا بها ويجوز له فى هذه الحالة القبض – نقض ١٩٤٣/١١/٨ ، مجموعة القواعد القانونية ، جــ٦ ، رقم ٢٥٣ ، ص٣٣٠ – نقض ١٩٤٣/١١/١٥ ، جــ٦ ، رقم ٢٥٧ ، ص٣٣٣ – نقض ١٩٦٦/٣/١ ، أحكام النقض ، س١٧ ، رقم ٤٢ ، ص٢٢١ – نقض ١٩٧٩/٥/١٧ ، س٣٠ ، رقم ١٢٤ ، ص٥٨٤ – نقض ١٩٨٣/٥/٢٥ ، س٣٤ ، رقم ١٣٨ ، ص٦٨٧.

(٣) وتطبيقا لهذا فإذا كان الثابت أن الذى شاهد المتهم فى حالة تلبس بجريمة بيع المواد المخدرة هو المرشد الذى أرسله مأمور الضبط القضائى لشراء المادة المخدرة فلما حضر المأمور إلى منــزل المــتهم لــم يكــن به من الآثار الظاهرة لتلك الجريمة ما يستطيع المأمور مشاهدته والإســتدلال بـــه على قيام حالة التلبس ، فلا يمكن عند حضور المأمور – اعتبار المتهم فى حالــة تلــبس ، ذلك أنه لا يمكن إعتبار ورقة المخدر التى حملها المرشد إلى مأمور الضبط عقب البيع أثر من آثار الجريمة يكفى لجعل حالة التلبس قائمة فعلا وقت إنتقال الضابط ، لأن الآثــار التى يمكن اتخاذها أمارة على قيام حالة التلبس إنما هى الآثار التى تنبئ بنفسها على أنها مخلفات الجريمة التى لا تحتاج فى الإنباء عنها الى شهادة شاهد "

نقض ١٩٣٥/٥/٧٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، جــ٣ ، رقم ٣٨١ ، ص٤٨٣.

وعلــة منح مأمور الضبط القضائى سلطة القبض على المتهم بدون إذن أو أمر من سلطة التحقيق هو وقوع الجريمة المتلبس بها ووضوح الدليل عليها.

ويلــزم إذن أن تكــون الجــريمة فى حالة تلبس وأن تتوافر شروط صحة الجــريمة علــى هذه الحالة فإذا كانت حالة التلبس لم تقع أصلاً أو اكتشفت بطريقة غيــر مــشروعة أو نقلت إلى مأمور الضبط بطريق الرواية عن غيره كان القبض باطلاً (١).

ولكــن لا يلــزم أن يكــون المتهم المقبوض عليه قد ضبط متلبساً بارتكاب الجريمة وقت وقوعها فالتلبس حالة عينية تتعلق بالجريمة ولا تتعلق بمرتكبيها (٢)

وفى فرنسا وبصدور قانون الإجراءات الحالى أصبح لمأمور الضبط القضائى ســلطة التحفظ الشرطى بمقتضى المادة ٦٣ فى حالة الجنايات والجنح المتلبس بها ويخضع لهذا الإجراء أربع طوائف من الأشخاص هم (٣)

١. الأشــخاص الذين يقرر مأمور الضبط القضائى عدم ابتعادهم عن محل الواقعة حتى ينتهى من إجراءاته (المادة ٦١ فقرة أولى)

٢. الأشخاص الذين يبدو من الضرورى التعرف على شخصيتهم (المادة ٦١ فقرة ثانية)

---

(١) وتطبيقا لهذا " أن المتهم عند رؤيته رجال البوليس أخرج ورقة من جيبه ووضعها بسرعة فى فمه فلا تلبس فى هذه الحالة لأن ما حوته تلك الورقة لم يكن بالظاهر حتى كان يستطيع رجال البولــيس رؤيته ، وإذا كان رجل الضبط قد قبض على هذا المتهم ... فإن هذا القبض يكون باطلا – نقض ١٩٤٧/١٢/١٥ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٧ ، رقم ٤٥٥ ، ص٤٢٢ – نقض ١٩٦٥/٣/١ ، أحكام النقض ، س١٦ ، رقم ٣٨ ، ص١٧١ – نقض ٦٩/١١/٢٤ ، س ٢٠ ، رقم ٢٦٦ ، ص١٣١١ .

ومن المقرر أيضا " تلقى مأمور الضبط نبأ الجريمة من الغير عدم كفايته لقيام حالة التلبس مادام لم يشهد أثر من آثارها نبئ عن وقوعها.

نقض ١٩٩٨/٧/١٣ ، أحكام النقض ، س٤٩ ، رقم ١١٥ ، ص٨٩١

(٢) نقض ٩٨/٣/٧ ، أحكام النقض ، س٤٩ ، رقم ٥٠ ، ص٣٥٨ – نقض ٩٨/٣/٣١ ، رقم ٦٤ ، ص٤٩٤ – نقض ٩٨/١٢/٧ ، رقم ٢٠٠ ، ص١٤٠٧ – نقض ٩٨/١٢/٢١ ، رقم ٢١١ ، ص١٥٠٤.

(3) FREJAVILLE (M), Manuel de droit criminel, Paris, 8 em éd, 1959, No. 369, P. 251.

٣. الأشـــخاص الذين يمكن أن يكون لديهم معلومات عن الواقعة (المادة ٦٢ فقرة أولى)

٤. الأشـــخاص الذين تتوافر ضدهم دلائل خطيرة تبرر اتهامهم (المادة ٦٣٥ فقرة ثانية)[1].

وسـلطة التحفظ الشرطى على الشهود فى حالة الجرائم المتلبس بها تقتصر على الأشخاص الموجودين فى مكان الجريمة (الأباء ، الجيران ، الخدم) باختصار كــل شخص من الممكن أن تؤدى شهادته إلى الوصول إلى معلومات عن الحادث ، وإضافة إلى الاستماع للشهود يستمع إلى المشتبه فيهم على إعتبار أن الإستماع إليهم ضــرورة مــن إجــراءات الاستدلال ولا يطلب حلف اليمين، وتسهيلا لإجراءات التحقــيق فقــد أعطت المادة ٦٢ (الفقرة الأخيرة) لضباط الصف وجنود الشرطة القضائيين الحق فى إجراء عملية الاستماع إلى الشهود بأنفسهم.

هــذا ويلاحظ أن القانون الصادر فى ١٥ يونيو سنة ٢٠٠٠ فى شأن قرينة البــراءة ألغــى الــتحفظ الــشرطى على الشهود الذين لا يكون الإستماع لشهادتهم ضــرورة وذلــك طبقا للمادة (٦٢) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى الفقرة الخامسة الجديدة المعدلة بالمادة (٥٣) من ذات القانون [2].

١٨٥ـ أن تكـون الجـريمة مما يعاقب عليها القانون بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر:

لا يكفــى أن تكون الجريمة متلبسا بها لكى يجوز لمأمور الضبط القضائى القــبض علــى المتهم بدون إذن أو أمر ، وإنما ينبغى أن تكون الجريمة مما يعاقب علــيها القانون بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر ، فسلطة مأمور الضبط القضائى فى القبض على المتهم الحاضر لا تنشأ إلا بنشوء حالة تلبس صحيحة يعاقب عليها بالحــبس مــدة تــزيد على ثلاثة شهور. والعبرة هنا بالعقوبة التى يقررها القانون

---

(١) PEUCH (Marc), GARDE à Vue, J. Ci. de procédure pénale, 1983, No 103, P. 12

(2) - Merle et vitu, Op. Cit, No 320, P. 382.

للجـريمة بغـض النظر عن نوع الجريمة أو طبيعتها أو بما ينطق به القاضى فى الحكم[1].

بـل يجوز لمأمور الضبط القضائى مباشرة القبض متى اعتقد أن الفعل يعد جـناية ثم اتضح فيما بعد أن الأمر لا يشكل جريمة ، كما لو شاهد جريمة قتل عمد تـرتكب ثـم اتضح فيما بعد توافر سبب إباحة حيث أن القاتل الذى قبض عليه كان يدافع عن نفسه [2] .

- ومتى وقعت الجريمة فى حالة تلبس فإنه :-

أ) يستوى أن تكون جريمة جسيمة أم غير جسيمة.

ب) يستوى أن تكون عقوبة الحبس وجوبية أم جوازية مع الغرامة ويترتب على هذا النتائج الآتية:

١. لا يجوز القبض على المتهم فى جريمة عقوبتها الحبس ثلاثة اشهر فاقل.
٢. ولا يجوز القبض على المتهم فى جريمة يعاقب عليها بالغرامة وحدها.
٣. ولا يجوز القبض أيضا فى المخالفات فى أية حالة من الأحوال لأن المخالفة لا يحكم فيها بعقوبة الحبس[3].

---

(١) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٧٤ – د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٥٨.

وكذلك نقض ٦٩/١/١٣ ، احكام النقض ، س٢٠ ، رقم ٢١ ، ص٩٦ – نقض ٧٥/٦/٨ ، س٢٦ ، رقم ١١٧ ، ص٥٠٠.

(٢) نقض ١٩٦٩/٦/٣ ، احكام النقض ، س٢٠ ، رقم ١٩٣ ، ص٩٧٦.

(٣) د / حـسنى الجـندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٥٦٣ – ويذهب رأى إلى أنه يخرج عن نطاق المادة – ٣٤ مصرى جرائم المخالفات ماعدا الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢/٣٨ ، أى عندما تكون المخالفة متلبسا بها ولا يمكن معرفة شخصية المتهم وهـى تتيح عندئذ لرجل السلطة العامة إحضار المتهم وتسليمه إلى أقرب مأمور من مأمورى الضبط القضائى ، وذلك بطبيعة الحال لمجرد التحقق من شخصيته لا لإحتجازه لمدة طالت أم قصرت ، فهى لا تتيح القبض بالمعنى الدقيق المفهوم من الكلمة ولا حتى الاستيقاف إلا إذا لم يمكن معرفة شخصية المتهم.

د / رءوف عبـيد ، مـبادئ الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٢٨٩ – د / هلالى عبد اللاه ، مرجع سابق ، ص٤٤٢.

وفـــي فرنـــسا قصرت المادة ١٠٦ من قانون تحقيق الجنايات سلطة مأمور الـضبط القـضائي في القبض على حالة التلبس بالجنايات فقط ، إلا أنه وبصدور قانون ٢٠ مايو ١٩٦٣ أصبح لمأمور الضبط سلطة القبض في الجنح المتلبس بها[١]

أما في ظل قانون الإجراءات الجنائية فإنه وإن كان الأصل أن القبض على الأشـــخاص إجراء من إجراءات التحقيق لا يقوم به إلا سلطة التحقيق الأصلية وبعد صدور أمر من هذه السلطة (قاضي التحقيق طبقا للمادة ١٢٢ أ. ج فرنسي) إلا أنه خشية من ضياع الوقت في أحوال التلبس فقد منح القانون حق القبض لرجال الضبط دون الحصول على إذن من قاضي التحقيق[٢] ولم يكتف المشرع بوقوع الجريمة في حالـــة تلبس لإجازة هذا الحق لمأمور الضبط وإنما تطلب فضلا عن ذلك أن تكون الجريمة ذات جسامة معينة فبالنسبة للجنايات المتلبس بها فقد أطلق المشرع الفرنسي ســلطة مأمـــور الضبط القضائي في القبض طبقا للمادة ٦٧ أ. ج أما بالنسبة للجنح المتلبس بها فلم يطلق سلطة البوليس في القبض وإنما اشترط أن تكون ذات جسامة معينة معاقب عليها بالسجن .

المادة ٣٢. أ. ج فرنسي " عندما تكون الجنحة المرتكبة ذات طبيعة خطيرة .... " ومـــن الناحية العملية فقد يتعذر الأمر على رجل الشرطة في تحديد نوع الجنحة فله اتخاذ إجراءه من تحقيقات وقبض وقد ساند الفقه القضاء في هذا المسلك شـــريطة أن يثبت الضابط في هذه الحالة الظروف التي جعلته أن يعتقد على خلاف الحقيقة. [٣].

---

(1)Levasseur, chavanne et montreul, Op. Cit, P. 130.

(2) Montreuil, Les arrestations, Rev, Pol. Nat. Mars, 1979, P. 5.

(٣) وتطبيقا لذلك فإن الأحكام القضائية قد أقرت صلاحية الأفعال التي تتخذ من قبل رجل الشرطة تطبيقا لنص المادة ٣٢ . أ . ج فرنسي وما بعدها قبل جريمة تدل معالمها ومظهرها الخارجي عن جناية بينما تبين بعد ذلك أنها تتعلق بمجرد مخالفة أو جنحة بسيطة . وتطبيقا لهذا " أقر القضاء شرعية التفتيش الذي قام به أحد مفتشي الشرطة في مخزن غلال كان يتوقع أن يجد به كمية من البارود والذخيرة إلا أن التفتيش أسفر عن وجود كمية ضعيفة من الذخيرة ولذا تقلصت القضية من جريمة أمن دولة إلى مجرد جنحة حيازة بارود وذخيرة .

contrairement à cette opinion, la Jurisprudence admettait constamment la validité des actes accomplis en vertu des articles 32 et ss. C . I . C . , si le fait , object de l'information présentait les apparences d'un crime, alors que l'instruction révélait ensuite qu'il s'agissait d'un simple délit correctionnel. La coure de cassation a statué en ce sens dans un arrêt rendu le 1er ceptembre 1831 25 , qui a jugé légale la perquisition Bait par un commissaire de police dans une grange où il croyait trouver une grande quantité de poudre de guerre et de munitions et qui n'en n' ayait découvert qu'une si faible quantité que la présomption de crime d'attentat à la sûreté de l'Etat s'est ramenée à un simple délit de détention illicite de munitions de guerre : " Attendu que l'amas d'armes et de poudre dénoncé par la clameur publique pouvait être considéré comme une préparation à la guerre civile et in moyen de la soutenir ; qu'ainsi le procureur du Roi a pu se croire dans les cas prévus par les articles 32 . et 41 C.I.C ."

- Matsopoulou , Op , cit , No . 103 . P . 90 .

Merle et vitu, Op. Cit. No 314. P. 377

١٨٦ـ وجوب توافر دلائل كافية :ـ

تعــد الــدلائل الكافية شرطا لمباشرة أى إجراء ينطوى على مساس بحرية المتهم وهى تمثل الضمان الوحيد الذى رسمه المشرع الإجرائي المصرى لحمايتهم مــن كــل إجراء ينطوى على مساس بحريتهم ويتطلب المشرع الإجرائي المصرى توافر الدلائل الكافية عند مباشرة القبض على المتهم بناء على حالة التلبس بالجريمة (المادة ٣٤ أ. ج) والدلائل الكافية هى مجموعة من الوقائع الظاهرة الملموسة التى يستنتج منها أن شخصاً معينا هو مرتكب الجريمة أى أن يتوافر لدى مأمور الضبط دلائل قوية وإمارات جادة تدل على أن المتهم المقبوض عليه ضالع فى ارتكابها (١).

وشــرط هــذه الــدلائل أن تكــون جادة وكافية " أى مؤدية عقلا إلى نسبة الجـريمة إلــى المقبوض عليه ، فلا يكفى مجرد البلاغ أو الإشتباه أو الظن للقبض على المتهم بل يتعين أن تعززه تحريات تجرى بمعرفة رجل الضبط القضائى تؤيد ما جاء بالبلاغ كذلك فإن مجرد الشك والإرتياب لا يعتبر من قبيل الدلائل(٢).

وتقديــر كفاية الدلائل متروك لتقدير مأمور الضبط القضائى وبحيث يخضع تقديره لرقابة مزدوجة تباشرها سلطة التحقيق ومن بعدها محكمة الموضوع (٣).

---

(١) د/ رءوف عبــيد ، بين القبض على المتهمين وإستيقافهم فى التشريع المصرى ، مجلة العلوم القانونــية والإقتصادية ، يناير ١٩٦٢ ، ص٢٣ – د / محمد ذكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص٢٢٧.

(٢) تطبــيقا لــذلك " إذا كانــت الواقعة الثابتة بالحكم أن ضابط البوليس يرافقه الكونستابل شاهدا مصادفة أثناء مرورهما شخصاً يجلس أمام محله ويدخن فى جوزه وزعما أنهما اشتما رائحة الحشيش يتصاعد منها فتقدم الضابط منه وضبط الجوزة بمحتوياتها ، وفى هذه الأثناء ، رأى الكونــستابل المــتهم يخرج علبه من جيبه فبادر وإستخلصها منه وفتحها فعثر بها على قطعة حشيش ثم ثبت أن الجوزة ومحتوياتها خالية من أى أثر للمخدر وأن ما ضبط بالعلبة حشيش وكانــت محكمــة الموضــوع قــد استبعدت واقعة شم رائحة الحشيش ثم قضت بالبراءة فإن قضاؤها يكون سليم ذلك بأن ضبط الجوزة وضبط العلبة التى كان المتهم لا يزال يحملها فى يــده وهى من إجراءات التفتيش ما كان يسوغ فى القانون لرجلى الضبطية القضائية اتخاذهما بغيــر إذن مــن النيابة العامة كما لم يتوافر فى الجهة الأخرى حالة تلبس بالجريمة تبرر هذا الإجراء – نقض ١٩٥١/٤/٢٣ ، أحكام النقض ، س٢ ، رقم ٣٧٤ ، ص١٠٣٩ .

(٣) نقــض ١٩٥٥/٤/٤ ، أحكام النقض ، س٦ ، رقم ٢٣٩ ، ص٧٣٥ – نقض ١٩٦٢/٤/٢٤ ، س١٣ ، رقــم ١٠٦ ، ص٤٢٣ – نقــض ١٩٧٠/٤/١٣ ، س٢١ ، رقم ١٤٢ ، ص٥٥٩ – نقض ١٩٧٢/١٠/٨ ، س٢٣ ، رقم ٢١٨ ، ص٩٧٩ – نقض ١٩٨١/١٢/٢٣ ، س٣٢ ، رقم ٢١٢ ، ص١١٨٨.

وإذا كـان الـضابط الذى يحتكم إليه فى تقدير كفاية هذه الدلائل هو الخبرة والمنطق فإن قانون الإجراءات لم يبين ما إذا كان المعيار الذى يعتمد عليه فى هذا الصدد معياراً شخصياً أو موضوعياً ونرى أنه يتعين الأخذ بالمعيار الشخصى ذلك أن لكـل حالة ظروفها فما يعد من الدلائل الكافية فى وقت معين قد لا يعد كذلك فى وقت أخر كما أن ما يعد الدلائل الكافية فى نظر البعض من مأمور الضبط القضائى قد لا يعد كذلك فى نظر الأخرين [1].

وقـد استخدم قانون الإجراءات الفرنسى تعبيرات عديدة للدلالة على الدلائل الكافـية مـثل إثـباتات كافية (المواد ١٧٧، ٢١١، ٢١٢ أ. ج) كما استخدم دلائل خطيرة فى (المادتين ٣,٦٣، ١٠٥ أ. ج).

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه عبارة عن إمارات معينة تستند إلى العقل وتبدأ مـن ظـروف أو وقائع يستنتج منها الفعل وتوحى للنظرة الأولى بأن جريمة ما قد وقعت وأن شخصاً معيناً هو مرتكبها[2] غير أن هذه الإمارات والقرائن لا يكفى فى تقديرها مجرد النطق بل لابد من إعمال الخبرة والعقل[3].

١٨٧ـ القيود الواردة على جواز القبض فى حالة التلبس :-

الأصل هو حرية النيابة فى تحريك الدعوى الجنائية دون قيد أو شرط فهى الممـثلة للهيئة الاجتماعية ولا يؤثر فى حريتها هذه تنازل المجنى عليه عن حقوقه ولما كان ذلك وكان القبض يعتبر من إجراءات التحقيق فتتحرك به الدعوى الجنائية فإنـه على خلاف إجراءات الاستدلال لا يجوز الأمر به إذا كانت الجريمة المتلبس

---

(١) د / إبراهيم حامد طنطاوى ، التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية ، مرجع سابق ، ص٧٩ – د/محمد عودة دياب ، مرجع سابق ، ص٢٦٧.

(2) Garphe (F) L'Appreciation Des Preuves en justice, Essai d'une Methode technique
sirey, 1947, P. 247.

(3) Merle (R) et vitu (A), Op. Cit. P. 757

بهـــا ممـــا يقيد القانون رفع الدعوى عنه بتقديم الشكوى أو الطلب أو صدور الأذن إلا إذا تحقق هذا الشرط [١].

والشكوى هى إجراء يباشر من شخص معين ، وهو المجنى عليه فى جرائم محـــددة يعبـــر بـــه عن إرادته الصريحة فى تحريك ورفع الدعوى الجنائية لإثبات المسئولية الجنائية وتوقيع العقوبة القانونية بالنسبة للمشكو فى حقه[٢].

ويستفاد من هذا وإعمالاً لنص المادة ٣٩ أ. ج والمعدلة بالقانون ٤٢٦ لسنة

---

(١) نقض ١٩٦٣/١/٢٢ ، أحكام النقض ، س١٤ ، رقم ٨ ، ص٣٥ ولكن محكمة النقض ذهبت فـــى بعـــض أحكامهـــا إلى عكس هذا الرأى حيث ارتأت أن الدعوى الجنائية لا تتحرك إلا بالتحقـــيق الذى تجريه سلطة التحقيق سواء بنفسها أو عن طريق من تنتدبه لهذا الغرض من مأمورى الضبط ولكنها لا تتحرك بإجراءات التحقيق التى يقوم بها مأمور الضبط القضائى فى حالـــة التلـــبس ، انظر – نقض ١٩٦٧/١٠/٣٠ ، أحكام النقض ، س١٨ ، رقم ٢١٣ ، ص ١٠٤٣ – نقـــض ١٩٦٨/٢/٥ ، س١٩ ، رقـــم ٢٦ ، ص١٤٨ – ويـــؤخذ على هذا الاتجاه الأخير أنه جعل للإجراء الواحد تكييفين مختلفين بحسب صفة القائم به وهذا أمر غير مقبول لأن تكيـــيف الإجـــراء يتحدد بحسب طبيعته وليس وفقا لصفة القائم به ...... د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٥٨.

هذا وقد نظم المشرع أحكام الشكوى فى المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجنائية إذ نصت علـــى " لا يجـــوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناءً على شكوى شفهية أو كتابية من المجنى علـــيه أو مـــن وكيله إلى النيابة العامة أو –إلى أحد مأمورى الضبط القضائى فى الجرائم المنـــصوص عليها فى المواد ١٨٥ ، ٢٧٤ ، ٢٧٧ ، ٢٧٩ ، ٢٩٢، ٢٩٣ ، ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ مـــن قانـــون العقوبات ، وكذلك فى الأحوال التى تنص عليها القانون ولا تقبل الـــشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجنى عليه بالجريمة وبمرتكبيها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

كما نظم المشرع أحكام الطلب فى المادة الثامنة من قانون الإجراءات حيث نصت على أنه " لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ إجراء فيها إلا بناء على طلب كتابى من وزير العدل فـــى الجـــرائم المنـــصوص عليها فى المادتين ١٨١ ، ١٨٢ من قانون العقوبات وكذلك فى الأحوال الأخرى التى ينص عليها القانون "

أما الجرائم التى تستلزم إذنا وفق ما نصت عليه المادة التاسعة فقرة أولى فهى جريمة سب أو إهانة الهيئة النيابية أو الهيئات النظامية أو الحبس أو المحاكمة أو السلطات أو المصالح العامة (م ١٨٤ ع).

(٢) د / مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ، مرجع سابق ، ص٩٤ – د/ حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص١٣١.

١٩٥٤ ان المشرع لم يتغاض عن تقديم الشكوى لمن يكون حاضراً من رجال السلطة العامة بدلاً من تقديمها إلى النيابة العامة أو إلى مأمور الضبط القضائى[1].

وعلى ذلك فلا يجوز القبض على المتهم فى حالة تلبس بجريمة تلزم فيها شكوى من المجنى عليه إلا إذا قدمت تلك الشكوى للجهات المذكورة سلفاً ولا يقف الحظر عند حد القبض بل يشمل جميع الإجراءات الأخرى التى تتفق مع القبض فى العلة وهى الحد من الحرية الشخصية للمتهم[2] أما الإجراءات الأخرى التى لا تمس حرية المتهم الشخصية فيجوز اتخاذها مثل المعاينة وسماع الشهود وانتداب الخبراء وضبط جسم الجريمة وتحريز المضبوطات وغيرها[3].

أما بالنسبة للإذن فقد تغاضى المشرع عن ضرورة الحصول على الإذن فى حالات التلبس وأجاز اتخاذ الإجراءات الجنائية قبل المتهم شأنه فى ذلك شأن غيره من المتهمين ومن ثم يصح القبض على المتهم دون حاجة للحصول على إذن [4].

هذا ولم يرد فى القانون نص بشأن الطلب ولذلك ذهب بعض الفقهاء إلى أن القيد الخاص بجرائم الشكوى ينطبق كذلك على جرائم الطلب وبالتالى فإنه يحظر القبض على المتهم فى حالة التلبس ما لم يقدم طلب [5].

---

(١) د / توفيق الشاوى ، مجموعة قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٣٧ – د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، سلطات مأمور الضبط القضائى ، مرجع سابق ، ص٧٧.

(٢) د / محمود محمود مصطفى ، الإثبات فى المواد الجنائية فى القانون المقارن ، مرجع سابق ، ص٥١ – د/مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى، مرجع سابق، ص١٠٢.

(٣) ومع ذلك فقد استثنت المادة التاسعة هذه الجرائم من قيد الشكوى إذا كان المجنى عليه موظفاً عاماً أو شخصا مكلفاً بخدمة عامة أو ذى صفة نيابية عامة وكان إرتكاب الجريمة بسبب أداء وظيفته أو النيابة أو الخدمة العامة (م ١٨٥ ع).

(٤) نصت المادة ٩٦ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية معدلة بالمادة ٢٣ من القانون ٣٥ لسنة ١٩٨٤ على أنه " فى غير حالات التلبس بالجريمة لا يجوز القبض على القاضى بحبسه إحتياطياً " إلا بعد الحصول على إذن من مجلس القضاء الأعلى وفى حالات التلبس يجب على النائب العام عند القبض على القاضى وحبسه أن يرفع الأمر إلى مجلس القضاء الأعلى فى مدة الأربع والعشرين ساعة التالية ولمجلس القضاء أن يقرر أما إستمرار الحبس أو الإفراج بكفالة أو بغير كفالة .... إلى أخر نص المادة – د / عبد الرءوف مهدى ، مرجع سابق ، ص ٦٩٨ – د / ممدوح إبراهيم السبكى ، مرجع سابق ، ص٢٧٢–

(٥) فى حين يرى البعض أن المادة ٣٩ أ. ج والتى حظرت القبض على المتهم فى حالات التلبس قبل تقديم شكوى يقتصر حكمها على الأحوال التى تلزم فيها شكوى دون غيرها من الأحوال التى يلزم فيها الطلب أو الإذن ، وبناء على ذلك فهو يجيز لمأمور الضبط القضائى فى الأحوال التى يلزم فيها تقديم طلب أن يقبض على المتهم دون انتظار لهذا الطلب – وهذا ما نؤيده – د / عوض محمد ، قانون الإجراءات الجنائية ، مؤسسة الثقافة الجماهيرية ، ١٩٨٩، جـ١ ، ص٣٥٠ – د / ممدوح ابراهيم السبكى ، مرجع سابق ، ص٢٧٣.

الفـــرع الثانـــى
حدود مأمور الضبط فى غير أحوال التلبس

١٨٨ـ التحفظ واستصدار أمر بالقبض :ـ

نصت المادة ٢/٣٥ إجراءات جنائية (معدلة بالقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢) " وفى غير الأحوال المبينة فى المادة السابقة (وهى الأحوال التى يجوز فيها القبض) إذا وجدت دلائل كافية على إتهام شخص بإرتكاب جناية أو جنحة سرقة أو نصب أو تعـد شـديد أو مقاومة لرجال السلطة العامة بالقوة والعنف ، جاز لمأمور الضبط القضائى أن يتخذ الإجراءات التحفظية المناسبة ، وأن يطلب فوراً من النيابة العامة أن تـصدر أمـر بالقبض عليه. وفى جميع الأحوال تنفذ أوامر الضبط والإحضار والإجراءات التحفظية بواسطة أحد المحضرين أو بواسطة رجال السلطة العامة "

وتفترض سلطة مأمور الضبط القضائى فى طلب صدور الأمر بالقبض على المتهم أنه ليس بصدد حالة يجوز له فيها أن يقبض عليه بنفسه وإلا ما احتاج لطلب الأمـر بالقبض ، وعلى وجه الخصوص تفترض هذه السلطة أنه ليس بصدد حالة تلـبس بالجـريمة. وتفترض هذه الحالة وجود دلائل كافية على إتهام هذا الشخص بجـرائم حـددها الـشارع على سبيل الحصر وهى الجنايات عامة ، وجنح حددها الـشارع علـى سبيل الحصر ، هى جنح السرقة والنصب والتعدى الشديد ومقاومة رجال السلطة العامة بالقوة والعنف [1].

وقـد خول الشارع مأمور الضبط القضائى - بالإضافة إلى طلبه من النيابة العامـة أن تصدر فوراً الأمر بالقبض - أن يتخذ إزاء المتهم " الإجراءات التحفظية المناسـبة " ، ويراد بها الإجراءات التى يكون من شأنها أن تحول دون فرار المتهم أو إتلافـه أو تـشويهه أدلة الاتهام مثل الإستيقاف والإقتياد إلى مركز الشرطة أو احتجازه وقتاً قليلاً أو تجريده من السلاح الذى يحمله وهذه الإجراءات ليست قبضاً لأنها لا تنطوى على مساس بالحرية حيث أن لها طابعاً عارضاً مؤقتاً [2].

---

(١) د/ محمـود نجـيب حـسنى، مرجع سابق، ص٥٧٧ -د/ محمد زكى عامر، مرجع سابق، ص٢٩٩.

(٢) التحفظ هو إجراء وقتى يقصد به حمل الشخص على التواجد فى مكان معين أو الإنتظار فيه أو الإنـتقال إلـيه لفترة قصيرة وذلك تمهيداً لإتخاذ إجراء آخر ، أو أن يكون الشخص تحت تصرف مأمور الضبط القضائى حتى يبت فى أمر طلب القبض عليه من النيابة ....
د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص٣١٠.
د / حسنى الجندى ، مرجع سابق ، ص٥٤٦ – د / حسن ربيع ، مرجع سابق ، ص٤١٣.

الفــرع الثالــث
حدود مأمور الضبط عند تكليفه بالقبض

١٨٩ـ شروط إصدار الأمر بالقبض :ـ

يأخذ التكليف صورتين :- الأولي تكليف موجه للشرطة بصفتها من السلطة العامــة ، وتكلــيف مــوجه لــسلطة الشرطة بما لها من صفة الضبطية القضائية. فالتكلــيف الموجه للشرطة من جهة التحقيق بصفتها من رجال السلطة العامة هو ما يتعلق بأعمالها كسلطة تنفيذية ، فيوجه إليها أمر القبض من قاضى فتقوم هى بتنفيذ هذا الأمر فسلطة القبض ليست من إختصاصها ولكن لها سلطة تنفيذ أمر القبض [١]

ولقــد نــصت المادة ١٣٠ من قانون الإجراءات المصرى على أنه " إذا لم يحــضر المتهم بعد تكليفه بالحضور دون عذر مقبول أو إذا خيف هربه ، أو إذا لم يكــن لــه محــل إقامة معروف أو إذا كانت الجريمة فى حالة تلبس ، جاز لقاضى التحقــيق أن يــصدر أمراً بالقبض على المتهم وإحضاره ولو كانت الواقعة مما لا يجوز فيها حبس المتهم احتياطياً " - ووفقا لهذا النص يجوز لسلطة التحقيق - قاضى التحقــيق أو النــيابة العامــة - أن تصدر أمرها بالقبض على المتهم وإحضاره فى الأحوال الآتية :-

١. إذا كــان سلطة التحقيق ، سبق لها وأن أمرت بحضور المتهم ولم يستجب لهذا الأمر ولم يبد عذراً مقبولاً ، لعدم استجابته للحضور.

---

(١) تنص المادة ١٢٦ أ. ج على انه " لقاضى التحقيق فى جميع المواد أن يصدر حسب الأحوال أمــراً لحــضور المتهم أو بالقبض عليه وإحضاره " - وظاهر النص يفيد جواز صدور أمر القبض أيا كان نوع الجريمة إلا أن القبض لا يجوز مطلقا فى المخالفات أما عبارة " فى جميع الأحوال " الواردة فى المادة ١٢٦ أ. ج فتنصرف إلى أمر الحضور دون أمر القبض ...... د / محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص٣٠٥.

هــذا وقــد أحالت المادة ١٩٩ أ. ج المعدلة بق ١٠٧ لسنة ١٩٦٢ بهذه السلطة إلى النيابة حيث نــصت علــى " فيما عدا الجرائم التى يختص قاضى التحقيق بتحقيقها وفقا لأحكام المادة ٦٤ تباشــر النــيابة العامــة التحقيق فى مواد الجنح والجنايات طبقا للأحكام المقررة من قاضى التحقيق مع مراعاة ما هو منصوص عليه فى المواد التالية "

٢. إذا كان المحقق يخشى من هروب المتهم ، وهذه الحالة يحق له أن يأمر بالقبض على المتهم وإحضاره ، حتى ولو لم يكن قد سبق له إصدار أمر بحضوره.

٣. إذا لم يكن للمتهم محل إقامة معروف - في مصر - ففي هذه الحالة يجوز لسلطة التحقيق أن تصدر أمراً بالقبض على المتهم وإحضاره نظراً لأنه من المتعذر دعوته للحضور كلما إحتاج التحقيق.

٤. الحالة الأخيرة ، التي تخول سلطة التحقيق إصدار الأمر بالقبض على المتهم واحضاره هي حالة التلبس بالجريمة ، وهي حالة تبعد شبهة الكيد للمتهم حتى ولو لم تتوافر حالة من حالات القبض الثلاث السابقة [١].

والفرق بين الحالة الأخيرة (الرابعة) والحالات الثلاثة السابقة عليها أن الحالة الأخيرة إذا باشرها مأمور الضبط القضائي لا تكون إلا في الجنايات والجنح التي يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة اشهر مع وجود دلائل كافية على الاتهام (مادة ٣٤ أ. ج).

١٩٠ـ الندب للقبض :

التكليف الثاني :- فهو ما تقوم بتكليفه سلطة التحقيق إلى رجل الشرطة بصفته مأمور ضبط قضائي لكي يقوم بعمل من أعمال التحقيق ومن بين هذه الأعمال سلطة إصدار أمر القبض فالمادة ٧٠ أ. ج [٢] تنص على " لقاضي التحقيق أن يكلف أحد أعضاء النيابة العامة أو أحد مأموري الضبط القضائي بالقيام بعمل معين أو اكثر من أعمال التحقيق عدا استجواب المتهم ويكون للمندوب في حدود ندبه كل السلطة التي لقاضي التحقيق .... "

كما تنص المادة (٢٠٠ أ. ج) " لكل من أعضاء النيابة العامة في حالة إجراء التحقيق بنفسه أن يكلف أي مأمور من مأموري الضبط القضائي ببعض الأعمال التي من خصائصه" هذه المواد هي في الأصل تجيز تكليف مأمور الضبط القضائي ببعض أعمال قاضي التحقيق أو النيابة العامة ، فيما عدا الاستجواب. ولم

---

(١) د / عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص٤٠٦ – د / عبد الرءوف مهدي ، مرجع سابق ، ص٣٦٢ – د/عادل عبد الله خميس المعمري ، ندب مأمور الضبط القضائي للتحقيق في القانون المصري والإماراتي ، رسالة دكتوراه ، ٢٠٠١ ، ص١٤٩.

(٢) معدلة بالمرسوم بقانون ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢.

يستثن القبض مما يعنى أنه يجوز لسلطة التحقيق التكليف ببعض الأعمال لرجال الشرطة ذى الصفة ومن بين هذه الأعمال سلطة القبض فالقبض هنا ليس أمراً موجهاً لرجل الشرطة باعتباره سلطة عامة ولكن باعتباره مأمور ضبط قضائى فهو الذى يصدر أمر القبض وليس تنفيذه فحسب [1].

المطلب الثالث
تنفيذ القبض

١٩١ـ تقسيم :ـ

تتطلب دراسة تنفيذ القبض منا التعرض لموضوعين هما مدى جواز اللجوء إلى القوة لتنفيذ القبض ، ثم المكان الذى يجوز فيه تنفيذ القبض وذلك من خلال فرعين :

الفرع الأول : استخدام القوة فى تنفيذ القبض.

الفرع الثانى : مكان تنفيذ القبض.

الفرع الأول
استخدام القوة فى تنفيذ القبض

١٩٢ـ السند القانونى لاستخدام القوة :ـ

لم ينص المشرع المصرى صراحة على إستخدام القوة لتنفيذ القبض وإن كان ذلك مستفاداً ضمنا من نص المادة ٦٠ أ. ج " لمأمور الضبط القضائى فى حالة قيامهم بواجباتهم أن يستعينوا مباشرة بالقوة العسكرية "

---

(٣) د / عصام زكريا عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص١٧٨.

وكــذلك القانون الفرنسى الذى لا يشير صراحة إلى استخدام مأمور الضبط القــضائى للقوة عند تنفيذ القبض إلا أن ذلك مستفاداً ضمناً من نص المادة ٣/١٧ أ. ج فرنــسى والتى تجيز لمأمور الضبط طلب مساعدة القوة العامة - والمادتين ٧٠ ، ١٣١ أ . ج فرنــسى الخاصة بتنفيذ الأوامر الصادرة عن النيابة أو قاضى التحقيق . حيث أجيز استخدام القوة بالقدر اللازم لتنفيذ الغرض(١).

وقد اتجهت بعض التشريعات العربية منهج المشرع المصرى والفرنسى فى عــدم الــنص صراحةً على حق مأموري الضبط القضائى فى إستخدام القوة لتنفيذ القــبض ، مثل القانون الأردني المادة ١٩ والقانون المغربى المادة ٣/٢١ والقانون الجزائرى المادة ٣/١٧ .

وإتجهــت بعــض القوانين الإجرائية الجنائية إلى النص صراحةً على حق مأمــور الضبط القضائى فى استعمال القوة لتنفيذ القبض مثل قوانين دولة الإمارات (المادة ٩) والسودان (المادة ١/٣٠) والكويت (المادة ٤٩).

١٩٣- ضابط اللزوم والتناسب فى استعمال القوة :

تــنص المادة ١٠٢ من القانون ١٠٩ لسنة ١٩٧١ بشأن هيئة الشرطة على أن " لــرجل الشرطة إستعمال القوة بالقدر اللازم لأداء واجبه إذا كانت هى الوسيلة الوحــيدة لأداء الــواجب " ويتبــين من هذا النص أن مأمور الضبط مقيد فى أدائه لواجبات وظيفته بقيد الوسيلة التى تتلاءم مع طبيعة الإجراء القائم به فرجل الضبط القــضائى لا يستطيع أن يلجأ إلى القوة فى تنفيذ القبض إلا إذا تبين له وجود خطر محــيط به حال تنفيذه للإجراء وهو ما أكدته محكمة النقض عندما أجازت استعمال القــوة مع المتهمين لإكراههم على تنفيذ أمر قانونى صادر لمأمور الضبط القضائى بالقــبض أو التفتــيش أو لتنفيذ حكم من المحكمة المختصة ، وذلك بشرط أن يكون اســتخدام القوة بالقدر اللازم لتنفيذ الإجراء ولا يكون إستخدام القوة لازماً إذا امتثل المتهم طواعية لتنفيذه ولم يكن هناك خطر متمثل فى المقاومة المنذرة بعدم الخضوع لأمر السلطة (١).

---

(1) PARRA (C). Et Montreuil (j), traité de procédure pénale, Paris, 1970, P. 222-

(٢) نقض ١٩٥٦/٣/١٩ ، أحكام النقض ، س٧ ، رقم ٢٦ ، ص٣٨٧ - ومشار اليه د / ممدوح إبراهيم السبكى ، مرجع سابق ، ص٢١٣.

وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى أن إستعمال القوة للقبض على المتهم لا يبيح التعدى عليه بالضرب والجرح خارج نطاق حالة الدفاع الشرعى. وهذا قضاء سليم ذلـــك أن المـــتهم قد لا تصدر عنه مقاومة مما يكفى معه إستخدام القوة المتمثلة فى تكبـــيله بالقيود الحديدية دون حاجة إلى إستخدام القوة التى تكون جريمة ضرب أو جرح أو قتل (١).

١٩٤ـ استخدام السلاح :

لـــم يـــنص المشرع المصرى صراحة فى قانون الإجراءات الجنائية على إســـتخدام الـــسلاح فـــى تنفيذ القبض وان كان قانون هيئة الشرطة رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٣ قد اعترف لرجل الشرطة بإستعمال السلاح حيث وردت الحالات التى يجوز فـــيها لرجل الشرطة إستخدام سلاحه فى نص المادة ١٠٢ من قانون هيئة الشرطة علـــى ســـبيل الحـــصر وأوجب هذا النص أن يكون استخدامه بالقدر اللازم لأداء الواجب ولقد نظم القرار الوزارى رقم ١٥٦ لسنة ١٩٦٤ ، والقرار رقم ٢٨٦ لسنة ١٩٧٢ اســـتعمال الأســـلحة النارية فى الحالات التى نصت عليها المادة ١٠٢ من قانون هيئة الشرطة(٢).

---

(١) د / إبراهيم حامد طنطاوى ، سلطات مأمور الضبط القضائى ، مرجع سابق ، ص٧١٢.

- هـــذا ويلاحـــظ أنه طبقا لنص المادة "٢٤٨ع " لا يبيح حق الدفاع الشرعى مقاومة أحد مأموري الضبط أثناء قيامه بأمر بناء على واجبات وظيفته مع حسن النية ولو تخطى هذا المأمـــور حدود وظيفته إلا إذ خيف أن ينشا عن أفعاله موت أو جروح بالغة وكان لهذا الخوف سبب مفعول "
- وطبيعى أنه لا مجال لهذا القيد إلا إذا كان مأمور الضبط قد تجاوز حدود وظيفته أو أتى فعـــلاً يعتبـــر غيـــر مشروع. إذ لو كان يباشر عمله الوظيفى ملتزما بالشروط الشكلية والموضـــوعية لـــه فإن فعله يعتبر مشروعاً بسبب أداء الواجب وبالتالى لا يجوز الدفاع الـــشرعى ضده غير أن المشرع لم يطلق القيد بل حدده بشروط معينة وهى : ١- حسن النـــية ٢- إذا أخيف أن ينشأ عن أفعاله موت أو جروح بالغة ...... د / مأمون محمد ســـلامة ، قانون العقوبات " القسم العام " ، مرجع سابق ، ص٢٤٠ – د / أسامة عبد الله قايد ، النظرية العامة للجريمة ، مرجع سابق ، ص٢٧٦

(٢) قانون هيئة الشرطة ١٠٩ لسنة ١٩٧١ ، الجريدة الرسمية العدد ٤٥ ، والصادر فى ١١/١١/ ١٩٧١ ـم١٠٢

أ - القبض على المجرمين :

وهى حالة القبض على المحكوم عليه بعقوبة جناية ، أو متلبس بجنحة يجوز فيها القبض أو متهم صدر أمر بالقبض عليه إذا قاوم أو حاول الهرب.

ويجب مراعاة ما يلى :-

أولاً : يوجه إلى المحكوم عليه أو المتهم إنذار شفوى بصوت مسموع بإستخدام السلاح النارى إذا لم يكف عن المقاومة أو الهرب.

ثانيا : إذا إستحال وصول الإنذار الشفهى إلى سمع المحكوم عليه أو المتهم فيكون إنذاره بإطلاق عيار نارى فى الفضاء.

ثالثا : إذا استمر المحكوم عليه أو المتهم فى مقاومته أو محاولته الهرب بعد إنذاره بإحدى هاتين الوسيلين يطلق عليه النار [٢]

ب - حراسة المسجونين ومنع هروبهم وفقا لقانون السجون ....

جـ - حالة فض تجمهر أو تظاهر ....

أما فى فرنسا فلا يجوز استعمال السلاح من خلال إطلاق النار على المتهم المتلبس بإرتكاب جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس وذلك لمنعه من الهرب ، وإنما يبرر إستخدام السلاح فى حالات ثلاثة هى حالة الدفاع الشرعى أو وجود نص يبيح ذلك أو صدور أمر من المختص قانوناً [٣]

الفرع الثانى
مكان تنفيذ القبض

١٩٥- فى مصر :-

بادئ ذى بدء نشير إلى أنه إذا كانت الجريمة فى حالة تلبس يكون لمأمور الضبط سلطة مباشرة القبض على المتهم متى كان موجوداً فى مكان عام فإذا - انقضت حالة التلبس بالجريمة انقضت معها سلطة القبض على المتهم وتعين لمباشرة

---

(١) د / مجدى احمد فتح الله ، مرجع سابق ، ص٤٣٤

(2) Blondet , (Maurice), Répertoire, Op. Cit, éd, 1968, No 10, P. 1

القـبض عليه صدور أمر من السلطة المختصة بذلك قانوناً ومتى صدر هذا الأمر جاز تنفيذه على المتهم في أى مكان يوجد به (١).

ولكـن الصعوبة تثور إذا فر المتهم وحالة التلبس قائمة أو إختبأ في منزله فهل يجوز لمأمور الضبط تعقب المتهم ودخول هذا المنزل بقصد القبض عليه ؟

وفـي هذا قضت محكمة النقض بأن دخول مأمور الضبط منزل شخص لم يـؤذن بتفتيشه لضبط متهم فيه لا يعد في صحيح القانون تفتيشاً بل هو مجرد عمل مادى تقتضيه ضرورة تعقب المتهم أينما وجد لتنفيذ الأمر بضبطه وتفتيشه وبأنه لا يقبل من غير صاحب المسكن التذرع بإنتهاك حرمته(٢) .

وهذا القضاء محل نظر من جانب الفقه حيث أن الدستور قد فرق بين تفتيش المـسكن ودخـوله ، فالدخـول قد يكون للتفتيش كما قد يكون لغيره من الأغراض كالمعايـنة أو أى أمـر آخر حتى ولو لم يكن إجراء تحقيق إلا أنه جمع بينهما في الحكـم فإشترط لتفتيش المسكن ودخوله صدور أمر قضائى مسبب متى كانا يمثلان انـتهاكاً لحـرمة المسكن التى قدسها الدستور (٣) فقد نصت المادة ٤٤ من الدستور على أن " للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقا لاحكام القانون " ولذلك يبدو لنا محلاً للنظر ما جرت عليه أحكام القضاء من إجازة دخول المساكن لمجرد تنفيذ أمر القبض بناء على حالة التلبس فهذا القضاء يتعارض مـع نص المادة ٤٤ من الدستور وهذا المعنى أكدته محكمة النقض بقولها " حرص

---

(١) د/ ابـراهيم حامد طنطاوى ، التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية ، مرجع سابق ، ص٨٤ .

(٢) نقـض ٦٧/١٠/٣٠ ، أحكام النقض ، س١٨ ، رقم ٢١٤ ، ص١٠٤٧ – نقض ٧٩/١/١١ ، س٣٠ ، رقم ٨ ، ص٥٤.

(٣) انظـر حكـم المحكمـة الدستورية العليا في ١٩٨٤/٦/٢ القضية رقم ١٠٥ لسنة ٤ قضائية دستورية " نصت المادة ٤٤ من الدستور على أن للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها أو تفتيشها إلا بأمـر قضائى مسبب وفقا لاحكام القانون "وهذا النص وإن كان قد ميز بين دخول المسكن وبين تفتيشها إلا أنه جمعهما في ضمانات واحدة "

الدستور على تأكيد حظر إنتهاك حرمة المسكن سواء بدخوله أو بتفتيشه ما لم يصدر أمر قضائي مسبب (١) .

و قـد حرص الدستور المصرى فى نص المادة ٤٢ على إنه " كل مواطن يقـبض عليه أو يحبس أو تقيد حريته بأى قيد ... لا يجوز حجزه أو حبسه فى غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون "

كمـا نـصت المادة ٤١ من قانون الإجراءات الجنائية على أنه " لا يجوز حبس أى إنسان إلا فى السجون المخصصة لذلك "

واشترط المشرع أن يكون تنفيذ القبض فى السجون المخصصة لذلك ضماناً للـصادر ضده الأمر ، لأن السجون أماكن تابعة للدولة وتخضع للإشراف القضائى لها وينظمها قانون خاص هو قانون تنظيم السجون رقم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ واللائحة الداخلية للسجون (٢) .

١٩٦ـ الوضع فى فرنسا :

وفـى فرنـسا جمع قانون الإجراءات الجنائية بين دخول المنازل والتفتيش حـيث يمكن عمل إجراءات التفتيش والضبط أثناء التحقيق فى حالات التلبس سواء

---

(١) ١٩٨٥/١١/٢٠ ، أحكام النقض ، س٣٦ ، ص١٠٢٧ رقم ١٨٨ – وانظر فى تأيد هذا – د / عبد الرءوف مهدى ، مرجع سابق ، ص٤٦٢ – د / إبراهيم حامد طنطاوى ، مرجع سابق، ص٨٤

(٢) جـاءت المـواد أرقـام (٨٧ ، ٨٨ ، ٨٩) من قانون التحقيقات الجنائية كنتيجة للإضافات والتعديلات التى أجريت فى القانون الجديد الصادر فى ٧ فبراير ١٩٩٣م – والقانون الصادر فى ٢٥ مارس لسنة ١٩٣٥ م – بتعديلين الأول : كان قانون التحقيقات الجنائية لم يجز القبض والتفتـيش إلا فـى الجنايات (طبقا للمادة ٣٢ وما بعدها قديمها) فى حين أن المادة ٦٧ من القانون الجديد أجازت أيضا القبض والتفتيش فى قضايا الجنح المتلبس بها.

الثانى : كان لا يمكن إجراء التفتيش والضبط طبقا للمادة ٣٦ من قانون التحقيقات الجنائية – قديماً إلا فـى مسكن المتهم بينما يمكن إجراء الضبط والتفتيش فى مسكن المتهم أو غيره من الذين يكون لهم ضلوع فى الفعل الإجرامى (طبقا للمادة ٥٦ أ. ج جديد).

Champon (P), Op, Cit, No 156, P, 110.

كان التلبس بجناية أو بجنحة وسواء أكان التحقيق الدائر تحقيقا أولياً أو تحقيقاً عادياً لاحقاً على التحقيق الأولى وسواء أكان التحقيق بمعرفة ضابط الشرطة القضائية أو بواسطة أى من سلطات التحقيق(١).

وإذا كـــان المشرع الفرنسى لم يتناول بالتنظيم موضوع القبض على فاعل الجريمة المتلبس بها إذا اختبأ بمنزله إلا أن البعض يرى جواز ذلك قياساً على حالة دخـــول المـــساكن لتنفيذ أوامر الضبط شريطة مراعاة المواعيد المقررة فإذا اختبأ بمنـــزل أحد المواطنين فيكفى حراسة المنزل وحراسة منافذه لحين وصول السلطة المختصة التى تملك حق الدخول(٢).

١٩٧ـ موقف الشريعة الإسلامية :

روى أبو داود وابن ماجة عن الهوماس بن حبيب عن أبيه قال : أتيت النبى - صـــلى الله عليه وسلم بغريم لى فقال لى : الذمة ثم قال : يا أخا بنى تميم ما تريد أن تفعل بأسيرك ، وفى رواية ابن ماجه : ثم مر بى آخر النهار فقال ما فعل أسيرك يـــا أخا بنى تميم ، وهكذا كان هو الحبس على عهد النبى - صلى الله عليه وسلم - وأبى بكر الصديق - رضى الله عنه - ولم يكن له محبس معد لحبس الخصوم ولكن لما إنتشرت الرعية فى زمن عمر بن الخطاب إبتاع بمكة داراً وجعلها سجناً يحبس فـــيه. ولهذا تنازع العلماء من أصحاب أحمد وغيرهم هل يتخذ الإمام حبساً ، على قولـــين فمن قال لا يتخذ حبساً قال لم يكن لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولا لخليفته بعده حبس ولكنه يمنع بمكان من الأمكنة أو يقام عليه حافظ أو يأمر غريمه

(١) Montreuil, Op, cit, No 210, P. 37.

(٢) Carraud; instruction, Op, Cit, No 906, P 214.

بملازمته كما فعل النبى - صلى الله عليه وسلم - ومن قال له أن يتخذ حبساً قال قد إشـــترى عمـــر بن الخطاب من صفوان بن أميه داراً بأربعة آلاف درهم وجعلها محبساً (١).

---

(١) د / أحمـــد فتحى بهنسى ، العقوبة فى الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص١٩٦ . ومن أدلة مشروعية الحبس.

أولا : الكتاب وقوله تعالى " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقـــتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنـــيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم " – سورة المائدة أية رقم ٣٣ ووجه الاستدلال فى هذه الأية كما قال البعض من الحنيفية والمالكية أن المراد بالمعنى فى الأية الحبس لأن المحبوس يسمى منفياً من الأرض ...... فتح القدير ، مرجع سابق ، جـــ٦ ، ص٣٧٥ ، الجامع لأحكام القران ، مرجع سابق ، جـــ٦ ، ص١٥٠.

ثانـــيا : ومن السنة – ما روى أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حبس رجلا فى تهمة يوماً وليلة استظهاراً واحتياطياً " ...... نيل الأوطار ، مرجع سابق ، جـــ٧ ، ص١٥٠ .

ثالـــثا :مـــن المعقول : إذا كان مبنى العقوبات هو تحقيق مصالح الناس فإن فى حبس المجرمين مـــصلحة فـــى كـــف أذاهـــم عـــن الـــناس د/ أشـــرف عـــبد الرازق ويح، مرجع سابق، ص٤١٦.

المبحث الثاني
التـفـتـيـش

١٩٨ـ تمهيد وتقسيم :ـ

لا غنـــى للفرد – حتى تكون مكنه اقتضائه للحرية كاملة – عن أن تقرر له الوسائل التى تمكنه من حمل الآخرين على احترام حرياته التى اعترف له بها النظام القانونى المستهدف للصالح المشترك[١].

والحـــرية الشخصية شرط للتمتع بباقي الحقوق والحريات ، فيشترط لوجود هـــذه الأخيـــرة وجـــود الحرية الشخصية أولاً ولكن فى سبيل التنسيق بين الحرية الشخـــصية وحق الدولة فى العقاب فقد خول المشرع الجنائى أجهزتها القائمة على التحقـــيق الحـــق فـــى مباشرة بعض الإجراءات التى تنطوى على المساس ببعض الحقـــوق الأساسية للأفراد وأخطر هذه الإجراءات هو " التفتيش " الذى يتضمن فى ذاته إعتداء على حق الإنسان فى الاحتفاظ بسره وحرمة مسكنه بما ينطوى عليه من التعرض القانونى لحرية المتهم[٢] وقد أقرت التشريعات المختلفة هذا المساس ولكن مع وضع ضمانات لعدم التعسف فى استخدام تلك الإجراءات.

وبناء على هذا ستكون دراستنا فى هذا المبحث فى أربعة مطالب على النحو التالى :

المطلب الأول : تعريف التفتيش وشرائطه.

المطلب الثانـي : تفتيش الأشخاص.

المطلب الثالث : تفتيش المساكن.

المطلب الرابـع : أثار التفتيش

---

(١) د / نعيم عطية ، النظرية العامة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، ١٩٦٥ ، ص٢٤٧.

(٢) د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص٣٤٣

المطلب الأول
ماهية التفتيش وطبيعته

١٩٩ـ تمهيد وتقسيم :ـ

إذا كان التفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق يستهدف البحث عن الحقيقة فـى مـستودع الـسر ، لذلك فهو يعد من أهم إجراءات التحقيق فى كشف الحقيقة ويتميـز التفتـيش على هذا النحو عن صور أخرى جرى الاصطلاح على إطلاق وصـف التفتـيش عليها رغم إنها لا ترقى لمستوى التفتيش بهذا المعنى كالتفتيش الوقائى والتفتيش الإدارى.

وعليه يمكننا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالى :-

الفرع الأول : تعريف التفتيش

الفرع الثانى : شروط التفتيش

الفرع الثالث : الصور المختلفة للتفتيش

الفـرع الأول
تعريـف التفتيـش وطبيعته

٢٠٠ـ تعريف التفتيش :ـ

أورد الفقه المصرى عدة تعريفات للتفتيش فذهب رأى إلى أن التفتيش هو " الـبحث فـى مستودع أسرار فرد معين عن أدلة تفيد التحقيق بشأن جريمة معينة " جناية أو جنحة " وقعت وتقوم الدلائل الجدية ضد هذا الشخص على ارتكابه لها. وقد يكون مستودع الأسرار محل التفتيش شخص هذا الفرد كما قد يكون أمكنه خاصة به لها حرمتها وهو لذلك إجراء من إجراءات التحقيق(١).

---

(١) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٦٧ – د / عبد الرءوف المهدى ، مرجع سابق، ص٤٣٦

كمـــا عـــرفه آخر بأنه " إجراء من إجراءات التحقيق تقوم به سلطة حددها القانون ويستهدف البحث عن الأدلة المادية لجريمة تحقق وقوعها في مكان معين أو محـــل خـــاص أو فـــي مستودع السر الذي يتمتع بالحرمة بغض النظر عن إرادة صاحبه[1].

ويعــرفه ثالـــث بأنه " الاطلاع على محل له حرمة خاصة للبحث عما يفيد التحقـــيق. ويعتبـــر مـــن أخطر إجراءات التحقيق الجنائي لأنه يجمع بين إستعمال السلطة وتقييد الحرية " [2].

وعلـــى الـــرغم من تعدد هذه التعريفات إلا أنها لا تخرج عن أن التفتيش " إجراء من إجراءات التحقيق يقوم به موظف مختص طبقا للإجراءات المقررة قانوناً للبحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها ، في محل يتمتع بالحرمة رغماً عن إرادة صاحبه .

٢٠١ـ خصائص التفتيش :ـ

يتبين من التعريفات السابقة أن التفتيش يتميز بخصائص ثلاثة هي :

أولاً : الجـبر والإكـــراه :

تـــنطوي إجـــراءات التحقـــيق الجنائي بصفة عامة على قدر من الإكراه ، ويـــشترك التفتيش في ذلك مع سائر الإجراءات الأخرى فهو تعرض قانوني لحرية المتهم الشخصية أو لحرمة مسكنه أو مراسلاته بغير إرادته ورغما عنه ، ولكن في إطار ضمانات معينة يوفرها القانون للمتهم [3].

وإذا كـــان المبدأ العام أن طريقة تنفيذ التفتيش متروكة لتقدير القائم به تحت إشـــراف سلطة التحقيق ورقابة محكمة الموضوع [4] إلا أن هذه الحرية مقيدة بمبدأ دســـتوري عام يحكم طريقة تنفيذ الإجراءات الجنائية كافة قررته المادة ٤٠ أ. ج

---

(١) د / حسني الجندي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٥٦٥

(٢) د / توفيق الشاوي ، مرجع سابق ، ص٣٧١.

(٣) د / ســامي حـــسني الحـــسيني ، النظرية العامة للتفتيش ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، " جامعة القاهرة " ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ ، ص٣٨.

(٤) نقض ١٩٨٨/١/١٤ ، أحكام النقض ، س٣٩ ، رقم ١٧ ، ص١٥٠ – ٩١/١١/٧ ، س٤٢ ، رقم ١٦٢ ، ص١١٧٧ ، ٩٨/٤/١٢ ، س٤٩ ، رقم ٦٨ ، ص٥١٨.

بقـولها ، كما يجب " .... كما تجب معاملة المتهم بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ، ولا يجوز إيذاؤه بدنيا أو معنويا " كما قرر القانون فى المادة ٢/٤٦ تطبيقا له فى تقريره " وإذا كان المتهم أنثى ، وجب أن يكون التفتيش بمعرفة أنثى ينتدبها لذلك مأمور الضبط القضائى " وبالتالى لا يجوز حصول التفتيش بعنف لا تستوجبه الظـروف كتمزيق ملابس المتهم أو جذبها بعنف لا تتطلبه المناسبة ، أو باستخدام وسائل جارحه للكرامة الإنسانية أو مؤلمة بدنيا أو معنويا(١).

ثانيا : المساس بالحق فى السرية

للأشـخاص والمـساكن والمراسـلات البريدية والبرقية والهاتفية حرمة ، وحـرمة الشخص تشمل جسمه وملابسه وما يوجد معه من أمتعة ، وحرمة المسكن تـشمل كـل مكان مسور ومحاط بأى حاجز متى كان مستعملا أو معداً للمأوى أو لحفـظ الأشياء وحرمة الرسائل تمنع من الإطلاع عليها أثناء نقلها أو استعمالها من شخص إلى آخر سواء كانت بريدية أو برقية أو هاتفية (٢).

---

(١) محمـد زكـى عامـر، مـرجع سابق، ص٢٦٩ – د/ محمد ابو العلا عقدة، مرجع سابق، ص٣٧٩ .

(٢) المـشرع المـصرى يعاقب على بعض صور التعدى على سرية المراسلات فنص فى المادة ١٥٤ عقـوبات " كل من أخفى من موظفى الحكومة أو البوسطة أو مأموريها أو فتح مكتوبا مـن المكاتـيب المسلمة للبوسطة أو سهل ذلك لغيره يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتـى جنـيه وبالعـزل فى الحالتين. وكذلك كل من أخفى من موظفى الحكومة أو مصلحة التلغـرافات أو مأمـوريها تلغرافا من التلغرافات المسلمة إلى المصلحة المذكورة أو أفشاه أو سهل ذلك لغيره يعاقب بالعقوبتين المذكورتين.
وإذا كـان الـتعدى علـى سرية المراسلات أمراً يجرمه القانون ، فمن ناحية أخرى قد يبيح القانـون الـتعدى علـى هذه السرية تحقيقا للمصلحة العامة التى يجب أن تعلو على مصلحة الأفراد فى كتمان أسرارهم وهذا ما أشارت إليه المادة الرابعة من القانون ١٠٧ لسنة ١٩٦٣ فـى شأن البريد تنص على انه " لا يجوز المساس بسرية الرسائل إلا فى حدود القانون " هذا وتنص المادة ٩٥ أ. ج والمعدلة بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢ " لقاضى التحقيق أن يامر بضبط جميع الخطابات والرسائل و .... وفى جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد لمدة أو مدد أخرى مماثلة.
هـذا ولم يشأ المشرع أن يضحى بحق المتهم فى الدفاع عن نفسه ما ستثنى من أحكام المادة سالفة الذكر الأوراق او المستندات التى يسلمها أو يتناولها المتهم مع المدافع عنه او .... تنص المادة ٩٦ أ. ج ...... د/ أدور غالى الذهنى ، التعدى على سرية المراسلات ، المجلة الجنائية القومية ، س٩ ، ١٩٦٦ ، العدد الثانى ، ص٢٦٩، ٣٠١.

ولا شك انه متى تقرر إجراء التفتيش فإنه يعد قيداً على حرية الشخص أو انتهاكاً لحرمة مسكنه أو مراسلاته.

ويترتب على كون التفتيش يتضمن مساساً بالحق فى السرية. أن يخرج من نطاقه كل إجراء لا يمس سراً لأحد أو لا يتضمن تقييداً للحرية الفردية أو اعتداءاً على حق آخر كالقبض وضبط الأشياء [1].

ثالثاً : البحث عن أدلة الواقعة

إذا كان التفتيش هو من إجراءات التحقيق وقد عبر المشرع المصرى عن ذلك فى المادة ٩١ فقرة أولى من قانون الإجراءات الجنائية " تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق ولا يجوز الإلتجاء إليه إلا بمقتضى أمر من قاضى التحقيق بناء على اتهام موجه إلى شخص يقيم فى المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه فى ارتكابها أو إذا وجدت قرائن تدل على إنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة "

لقد لوحظ على نص هذه المادة أنه جعل محل التفتيش مقصورا على المنازل ، ومن المسلم الآن أن محل التفتيش يتسع ليشمل كل مكان يعتبره صاحبه مستودعا لأسراره كما يشمل الشخص والمنقولات التى تكون فى حيازته[2].

والأمر بالتفتيش لا يصدر إلا بسبب ، والسبب هو وقوع جناية أو جنحة يوجه الاتهام فيها إلى شخص معين وتوجد قرائن قوية على أنه يحوز أشياء تثبت عليه الجريمة لذلك فقد ذهب رأى بحق إلى القول بأن التفتيش لا يمكن اعتباره دليلاً فى ذاته وإنما الدليل هو ما يتمخض عنه ذلك الإجراء من أدلة سواء تعلقت بالجريمة التى اتخذ الإجراء من أجلها أم بجريمة أخرى ظهرت عرضاً[3].

---

(١) د/ حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٥٦٧.

(٢) د / محمود محمود مصطفى ، الإثبات فى المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص١٣

(3) Merle (R) et vitu (A), Op. Cit. No957, P. 177 -

الفرع الثانى

شروط التفتيش

يعتبر وقوع الجريمة هو السبب المباشر للقيام بإجراءات التحقيق ومن بينها التفتيش ولا يبرر مجرد وقوع الجريمة مباشرة التفتيش إذ لابد من جدوى لهذا الإجراء ولا تتحقق هذه الجدوى إلا إذا قامت دلائل كافية على أن شخصاً أو أشخاصاً معينين قد ارتكبوا هذه الجريمة وأن الوصول للحقيقة سيتأتى نتيجة التفتيش. وعلى هذا نجد أن شروط التفتيش تتمثل فى :-

٢٠٢- وقوع جريمة:-

لا يدخل التفتيش بوصفه إجراء من إجراءات التحقيق ضمن ولاية سلطة التحقيق إلا بوقوع جريمة فلا يجوز الأمر بالتفتيش لضبط أدلة فى جريمة مستقبلة ولو قامت التحريات والدلائل الجدية على أنها ستقع بالفعل(١).

ولا يجوز الأمر بالتفتيش إلا فى الجنايات والجنح فتخرج بذلك المخالفات(٢) لأنها قليلة الأهمية لا تستاهل إجازة التعرض للحرية الشخصية أو انتهاك حرمة الأماكن ولم يشترط القانون أن تكون الجنحة معاقباً عليها بالحبس فيصح أن تكون عقوبتها الغرامة (٣) ولكن المشرع اشترط أن تكون الجنحة معاقبا عليها بالحبس مدة

---

(١) قضى تطبيقا لذلك بأنه " إذا كانت النيابة قد أصدرت إذناً بالتفتيش استناداً إلى ما قرره محضر التحريات من أن المتهم سيقوم بنقل كمية من المخدر خارج المدينة فإن الحكم إذ أدان المتهم دون أن يعرض لبيان ما إذا كان أحرازه للمخدر كان سابقا على صدور إذن التفتيش أو لاحقا يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون.
نقض ١٩٦٢/١/١ ، أحكام النقض ، س١٣ ، رقم ٥ ، ص٢٠ – نقض ١٩٦٧/٢/٧ ، س١٨ ، رقم ٣٤ ، ص١٧٤ – نقض ١٩٧٠/٦/٢٢ ، س٢١ ، رقم ٢١٦ ، ص٩١٥ – نقض ٢٠/ ١٩٧١/١٢ ، س٢٢ ، رقم ١٩٢ ، ص٨٠.

(٢) المادة ٩١ أ. ج مصرى وتقابل المواد ٣٣ ، ٨١ ، ٨٢ أ. ج أردنى حيث لم تميز بين أصناف الجرائم المبررة للتفتيش وكذلك المادة ٩١ أ. ج عراقى.

(٣) وينتقد الفقه هذا الوضع إذ أن الخروج على قاعدة اختصاص سلطة التحقيق بالتفتيش وتقريره استثناء لمامورى الضبط القضائى يجد ما يبرر فى خطورة الجريمة وحالة الاستعجال التى يخشى فيها ضياع الأدلة أو العبث بها أما إذا كانت الجنحة مما يعاقب عليها بالغرامة فهى لا تبرر ما فى التفتيش من المساس بحرمة المسكن ...... د/فوزية عبد الستار ، مرجع سابق، ص٢٧٣.

تـزيد علـى ثلاثـة اشهر عن إصدار الأمر بضبط الرسائل أو بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية أو إجراء تسجيلات لخطورة الضبط عندئذ[1].

٢٠٣- اتهام شخص بارتكاب الجريمة :-

ليس المقصود بإتهام شخص أن تكون لائحة الاتهام فى الدعوى قد صدرت بحقه وإنما المقصود هو توافر دلائل كافية على نسبة الجريمة لشخص بصفته فاعلاً لها أو شريكاً فيها أو أن لديه ما يفيد فى كشفها. ولا يعتبر الشك المجرد من الدلائل الكافية ولا حتى فى القرائن ويتولى مأمور الضبط القضائى تقرير كفاية هذه الدلائل تحت رقابة سلطة التحقيق ومحكمة الموضوع[2].

وقـد كانت المادة ٨٧ من قانون التحقيق الجنائى الفرنسى لا تجيزه إلا بناء علـى تحقـيق مفتوح in struction au veste إلا أن التعديلات التى أجريت فى القانـون الجديـد الصادر فى ٧ فبراير لسنة ٩٣ سمحت بإجراء التفتيش سواء كان التحقـيق الدائر أولياً أو تحقيقا عاديا لاحقاً على التحقيق الأولى تحت سيطرة ضابط الشرطة القضائية أو بواسطة أى من سلطات التحقيق [3].

وتخضع الدلائل الكافية فى مجال الإثبات لقاعدة " الشك يفسر ضد مصلحة المـتهم " ذلك لأن دور هذه الدلائل ينحصر فى السماح باتخاذ إجراء ينطوى على مـساس بحـرية المـشتبه فـيه عقب تحديد مدى قيمة هذه الدلائل ووزن الشبهات والشكوك المنبعثة عنها ولا تمتد قيمتها إلى تأسيس حكم الإدانة عليها ما لم تسفر عن دليل يعتمد عليه القاضى فيما بعد [4].

٢٠٤- وجود مبرر للتفتيش :-

يجب أن يستهدف التفتيش البحث عن عناصر الحقيقة فى الجريمة المرتكبة

---

(١) المادة ٩٥ أ. ج مصرى والمعدلة بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢.
(٢) نقض ١٩/١/١٩٧٠ ، أحكام النقض ، س٢١ ، رقم ٣٢ ، ص١٣٧ .
(٣) راجع صـ٣١ من الرسالة.
(٤) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٠٣.

فـإذا اسـتهدف غاية غيرها وقع التفتيش باطلاً [1] وبعض الجرائم لا يترتب على ارتكابها آثار مادية .

كما هو الحال فى جريمة السب والقذف الشفهى إذ لا يتصور العثور على ما يفيد فى كشف الحقيقة بخصوص هذه الجرائم وبالتالى لا يجوز التفتيش [2] لأن غاية التفتـيش تكمـن فـى سـببه المتمثل فى الحصول على دليل فى تحقيق قائم بقصد الوصول إلى الحقيقة.

وتقدير وجود المبرر أو الفائدة المرجوة من التفتيش يعود إلى المحقق سواء قاضى التحقيق أو النيابة العامة بصفة أصلية أو مأمور الضبط بصفة استثنائية تحت رقابة محكمة الموضوع لأن الدفاع بانعدام المبرر للتفتيش من الدفوع الموضوعية[3]

---

(١) لقـد اضطرد قضاء النقض على التقرير بأن بطلان التفتيش يعد من النظام العام ، بالأقل فى الأحكـام الصادرة منذ أن اصبح لمحكمة النقض كيان ذاتى ، إذ بهذا القضاء يتخول منذ سنة ١٩٣٩ إلـى الاتجـاه العكسى ولم يكن هذا التحويل صريحاً ولكنه كان واضحاً لعل من أول الأحكـام التـى تـشير إلـيه الحكم الصادر فى ٢٣ يناير ١٩٣٩ يقرر انه "لا يجوز الطعن بالبطلان فى الدليل المستمد من التفتيش بسبب عدم مراعاة الأوضاع القانونية والمقررة له إلا ممن شرعت هذه الأوضاع لحمايتهم – فيصح الاستشهاد بالدليل الذى أسفر عنه التفتيش على غير من فتش شخصه أو مسكنه ولو كان هذا التفتيش مشوبا بما يبطله– نقض ١٩٣٩/١/٢٣ ، مجموعة القواعد ، جـ٤ ، رقم ٣٣٩ ص٤٤١ ومن الأمثلة على هذا " إذا كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع ببطلان التفتيش فلا يجوز له أن يطعن أمام محكمة النقض بهذا البطلان إلا إذا كان ما جاء فى الحكم من الوقائع دالاً بذاته على وقوعه.

نقض ١٩٤١/٢/٣ ، مجموعة القواعد ، جـ٥ ، رقم ٢٠٣ ، ص٣٩٤–

٤٣/٥/٣١ ، جـ٦ ، رقم ٢٠٢ ، ص٢٧٥ – نقض ١٩٤٤/١٠/١٦

جـ٦ ، رقم ٣٧٦ ، ص٥١٦ – ١٩٤٦/١٠/١٤ ، جـ٧ ، رقم ٢٠٠ ، ص١٨٦

إذا كـان المتهم ينازع فى كفاية الوقائع لتبرير التفتيش فانه يتعين عليه أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع. فإن كان قد سكت ، والمحكمة من جانبها قد رأت بإقرارها تصرف النيابة أن تلك الـدلائل تبـرر الإذن بالتفتيش فليس له ان يجادل فى ذلك لدى محكمة النقض – نقض ٦/٩/ ١٩٤١ ، مجموعة القواعد – جـ٥ ، رقم ٢٧٤ ، ص٥٤٠

...... د / رؤوف عبـيد ، نـوع بطلان التفتيش فى القانون المصرى ، المجلة الجنائية القومية ، بدون عام ، ١٩٦٠ ، العدد الأول ، ص٢٩– وما بعدها.

(٢) د / محمود عودة دياب ، مرجع سابق ، ص٣٢٦.

(٣) نقض ١٩٧٥/١٠/٢٦ ، أحكام النقض ، س٢٦ ، رقم ١٤٠ ، ص٦٢٧.

الفرع الثالث
الصور المختلفة للتفتيش

القاعدة الأصلية هى أن تفتيش الشخص يكون بعد وقوع الجريمة والغاية منه كما أوضحتها المادة (٥٠) من قانون الإجراءات الجنائية هى ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة الجارى جمع الاستدلالات أو حصول التحقيق بشأنها ويسمى بالتفتيش القضائى إلا أن هناك حالات يتم فيها تفتيش الشخص دون أن تقع جريمة وذلك فى الحالات الآتية .

٢٠٥- التفتيش الإدارى :-(١)

التفتيش الإدارى هو إجراء من الإجراءات التحفظية التى تهدف إلى تحقيق بعض الأغراض الإدارية العامة أو الخاصة التى يحددها القانون أو اللائحة التى يضعها رب العمل، ويستمد هذا التفتيش سلامته قانونا إما من " إجازة القانون " وإما من " قبول الشخص " نفسه لهذه اللائحة. بشرط أن لا يتعدى حدود الغرض الذى من أجله أقره القانون أو أجازته اللائحة فإذا تعدى هذا التفتيش حدود الغرض الذى أقر من أجله كان باطلا معدوم الأثر إجرائيا (٢)

ويستند التفتيش الإدارى كما بينا سلفاً إما إلى نص فى القانون أو إلى اتفاق بين الطرفين أو إلى ضرورة إدارية تستوجبه وسوف نبحث هذه الحالات تباعاً.

أ – التفتيش الإدارى بنص القانون.

ومن أمثلة هذا النوع ، ما تقضى به قوانين السجون ولوائحه من تفتيش للمساجين والزائرين وما يسمح به قانون الجمارك للقادمين من الخارج والمغادرين داخل الدائرة الجمركية ، وما تنص عليه القوانين المتعلقة بالمحلات العامة بالسماح للموظفين المختصين ورجال الضبط بالدخول فيها للتحقق من التزامها بالمتطلبات

---

(١) لا يعد هذا التفتيش تفتيشا بالمعنى القانونى : فلا يلزم لاجرائه توافر دلائل على وقوع الجريمة أو إذن سابق من سلطة التحقيق او توافر صفة الضبط القضائى فيمن بحرية ... د / رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ط١٦ ، مرجع سابق ، ص٣٤٧ – د / سامى الحسينى ، مرجع سابق ، ص٧٢ –

(٢) د / محمد ذكى عامر ، مرجع سابق ، ص٢٥٧

القانونية ، وسنتعرض بإيجاز إلى التفتيش الإدارى بموجب قوانين وأنظمة السجون ، والتفتيش داخل الدائرة الجمركية كأمثلة على هذا النوع .

أولا:- تفتيش المساجين والزوار :

سند إباحة هذا النوع من التفتيش هو نص الفقرة الأولى من المادة (٩) من القانــون رقــم ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تنظيم السجون ، حيث نصت على أنه " يجــب تفتيش كل مسجون عند دخوله السجن وأن يؤخذ ما يوجد معه من ممنوعات أو نقــود أو أشــياء ذات قيمة " وكذلك المادة (٤١) من نفس القانون فى قوله " إذا اشــتبه مدير السجن أو مأموره فى أي زائر جاز له أن يأمر بتفتيشه. فإذا عارض الزائــر فى التفتيش جاز منعه من الزيارة مع بيان أسباب هذا المنع فى سجل يومية السجن " .

وفــى هــذا قضت محكمة النقض " لضابط السجن حق تفتيش أى شخص يشتبه فى حيازته أشياء ممنوعة داخل السجن. ولو كان من غير المسجونين " [1].

ولا يشترط فى القائم بإجراء التفتيش أن يكون من مأمورى الضبط القضائى بــل يمكن إجراء هذا التفتيش بمعرفة حراس السجن ممن ليست لهم صفة الضبطية القضائية [2] ويشترط لصحة هذا التفتيش توافر ثلاث شروط :

١. أن يــوجد أمــر قانونــى بإيداع الشخص السجن (م ٥) من قانون تنظيم السجون . فلا يصح الاستناد إلى لائحة السجون فى تبرير تفتيش المتهم مادام أنه لا يوجد أمر قانونى بإيداعه السجن كما تنص به المادة (٤١) أ. ج [3].
٢. أن يتم التفتيش أثناء دخول أو وجود الشخص داخل السجن.
٣. أن يتوافــر ما يدعو إلى الإشتباه فى أمره والشبهة المقصودة فى هذا المقام

---

(١) نقض ١٩٩١/٣/١٤ ، أحكام النقض ، س٤٢ ، رقم ٧٤ ، ص٥١ ...... وقد وصفت محكمة النقض هذا التفتيش بأنه إجراء " ادارى وقائى ...... تمليه الظروف التى يؤدى فيها الحارس واجــب الحراســة بغــية الكشف عن ماهية الممنوعات التى فى حوزة المطعون ضده خشية استعمالها فى إلحاق الأذى بنفسه أو بغيره ...... نقض ١٩٧٦/٥/٢٣ ، أحكام النقض ، س٢٧ ، رقم ١١٣ ، ص٥٠٦.

(٢) نقض ١٩٧٠/١/٢٥ ، احكام النقض ، س٢١ ، رقم ٣٥ ، ص١٤٧.

(٣) نقض ١٩٥٤/١٢/١٣ ، أحكام النقض ، س٦ ، رقم ٨٦ ، ص٢٩٢.

هـــى حالـــة ذهنية تقوم بنفس الضابط يصح معها فى العقل القول بقيام مظنة حيازة أشياء ممنوعة داخل السجن. وتقدير ذلك منوط بالقائم بالتفتيش تحت إشراف محكمة الموضوع[1].

ويجــوز تفتيش زوار السجن أيضاً إذا اشتبه فيهم مدير السجن أو مأموره ، بــشرط عــدم معارضة الزائر للإجراء ، فإن عارض جاز منعه من الزيارة ...... ولكن إذا اجرى تفتيش على الرغم من معارضته ، فإن هذا التفتيش يعتبر باطلا [2]

وقــد كانت صياغة المادة (٤١) من لائحة السجون تقصر سلطة إصدار الأمــر بالتفتــيش علــى مدير السجن أو المأمور . وهذا ينطوى على تعطيل هذا الإجــراء فى حالات تقتضى وجوب مباشرة. كما أنها تجعل هذا الإجراء مقصوراً على الزائرين دون العاملين فى السجن مع أن احتمال قيام هؤلاء العاملين بالتهريب أكبــر. لذا عدل المشرع نص المادة بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٢[3] وأصبح نصها " لــضابط الــسجن حق تفتيش اى شخص يشتبه فى حيازته أي أشياء ممنوعة داخل السجن سواء كان من المسجونين أو العاملين بالسجن أو غيرهم "

وقــد نــصت بعض قوانين السجون العربية على سلطة ضابط السجن فى تفتــيش الزائــرين مــثل قانون السجن الأردنى (المادة ٣٣) قانون سجون دولة الإمــارات (المادة ٥٢) ، قانون السجون الكويتى (المادة ٤٤) وقانون السجون الليبى (٥٦).

ثانياً : التفتيش داخل الدائرة الجمركية :

وســند إباحة هذا النوع من التفتيش نص المادة ٢٥ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لــسنة ١٩٦٣ علــى أن " يعتبر موظفو الجمارك الذين يصدر بتحديد وظيفتهم قرار من وزير الخزانة من مأمورى الضبط القضائى وذلك فى حدود اختصاصهم " كمـــا تنص المادة ٢٦ من ذات القانون على أن " لموظفى الجمارك الحق فى تفتيش الأمـــاكن والأشخاص والبضائع ووسائل النقل داخل الدائرة الجمركية وفى الأماكن والمــستودعات الخاضعة لإشراف الجمارك . وللجمارك أن تتخذ كافة التدابير التى تراها كفيلة بمنع التهريب داخل الدائرة الجمركية "

---

(١) نقض ١٩٩١/١٢/١١ ، أحكام النقض ، س٤٢ ، رقم ١٨٣ ، ص١٣٢٨.
(٢) ٦٣/٢/٤ ، أحكام النقض ، س١٤ ، رقم ١٩ ، ص٨٨.
(٣) الجريدة الرسمية فى ٧٢/٤/١٣ ، ع٥ –

وواضح أن المشرع قد أعطى رجال الجمارك سلطات واسعة جداً فى التفتيش وإن كان قد قصرها على أن تتم داخل الدائرة الجمركية والأماكن والمستودعات الخاضعة لإشراف الجمارك[1] وفى هذا الصدد قضت محكمة النقض " حق موظفى الجمارك الذين منحهم القانون صفة الضبط القضائى. تفتيش الأماكن والأشخاص والبضائع ووسائل النقل داخل الدائرة الجمركية أو فى حدود نطاق الرقابة الجمركية. شرطه. قيام الشك لدى المأمور فى البضائع أو الأمتعة أو مظنة التهريب فيمن يوجد بتلك المناطق . كفاية أن تقوم لدى موظف الجمرك الذى له صفة الضبط القضائى. حالة تنم عن شبهة تهريب جمركى ليكون له حق التفتيش. توافر قيود القبض والتفتيش المنصوص عليها فى قانون الإجراءات غير لازم " [2].

هذا وقد ذهب رأى إلى أن التفتيش فى هذه الحالة إجراء من إجراءات التحقيق. فما كان يجوز اتخاذه قبل صدور طلب من الجهة المختصة إلى النيابة

---

(١) الدائرة الجمركية هى النطاق الذى يحدده وزير الخزانة فى كل ميناء بحرى أو جوى يوجد فيه مكتب للجمارك يرخص فيه بإتمام كل الإجراءات الجمركية أو بعضها. وكذلك أى مكان أخر يحدده وزير الخزانة لاتمام هذه الإجراءات فيه (المادة ٤ من قانون الجمارك) أما الأماكن الخاضعة لإشراف الجمارك فمن أهمها المناطق الحرة التى تنشأ بقرار من وزير الخزانة يحدد فيه موقعها وحدودها طبقا لنص المادة ٨٦ من قانون الجمارك . وقد نصت المادة ٩٢ من قانون الجمارك على حق مصلحة الجمارك فى تفتيش المنطقة الحرة أو إجراء التحقيقات فيها. ويلاحظ أن هذه الأماكن الخاضعة لإشراف الجمارك تختلف عن نطاق الرقابة الجمركية فالأخيرة أوسع نطاقا منها. وأما المستودعات فقد حددت المادة ٧٠ من قانون الجمارك المقصود بها فبينت أنها المخازن التى تقبل فيها البضائع الواردة دون دفع الضرائب عنها لمدد يحددها هذا القانون. وتنقسم المستودعات إلى نوعين عام وهو الذى تخزن فيه البضائع لحساب الغير ومستودع خاص وهو الذى يخزن فيه صاحب المستودع وارداته المرخص له بتخزينها فيه ...... د / عبد الرءوف المهدى ، مرجع سابق ، ص٤٧٦ – د / حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٥٧٤.

(٢) نقض ٧٦/٥/٢٣ ، أحكام النقض ، س٢٧ ، رقم ١١٦ ، ص٥١٩ – نقض ٧٨/١١/١٦ ، س ٢٩ ، رقم ١٦١ ، ص٧٨٥ ، نقض ٩٢/٥/٢١ ، س٤٣ ، رقم ٨٢ ، ص٥٦١ ...... كذلك لا يشترط الحصول على أذن مسبق لمباشرة هذا التفتيش ...... نقض ٧٤/١٠/١٣ ، أحكام النقض ، س٢٥ ، رقم ١٤١ ، ص٦٥٤ ... وأيضا لا يتطلب هذا التفتيش لاجرائه – توافر رضاء صاحب الشأن ... ٥٩/٤/٢٠ ، أحكام النقض ، س١٠ ، رقم ٩٧ ، ص٤٤١ – نقض ٦١/٢/٦ ، س١٢ ، رقم ٢٨ ، ص١٩١.

العامـــة لأن الجـــرائم الجمركية من الجرائم المعلقة رفع الدعوى الجنائية فيها على طلب. فإذا صدر الطلب يجب أن تأذن النيابة العامة بالتفتيش بوصفها سلطة تحقيق طـــبقا للقواعد العامة. وتخويل قانون الجمارك رجل الجمارك سلطة التفتيش بدون إذن مـــن النيابة العامة للبحث عن دليل لجريمة وقعت فعلاً . فالنص هنا ينظم حالة معينه ولا يقتصر تطبيقه على رضاء المسافر (١) .

وعلى ذلك ذهب رأى إلى أنه يجب العمل بجميع نصوص قانون الإجراءات فـــيما يـــتعلق بتفتيش الجمارك بكافة ضماناتها ولا يمكن الاستثناء منها إلا فى حالة رضـــاء الـــشخص الواقـــع علـــيه التفتيش وهذا هو المبرر القانونى الوحيد لتفتيش الجمارك دون أعمال الضمانات المقررة فى قانون الإجراءات الجنائية (٢).

ومن جانبنا لا نتفق مع الرأى الأول فيما ذهب إليه من أن التفتيش الجمركى هـــو تفتيش بالمعنى القانونى تحكمه المواد ٣٤ ، ٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية لأن التفتيش الجمركى لا يستلزم لمباشرته ما يستلزم لمباشرة التفتيش بمعناه القانونى وفقـــا لقانـــون الإجراءات الجنائية ونرى إنه تفتيش ادارى يجد سنده فى النصوص القانونية الخاصة التى تبيحه وتبين حدوده وضماناته (٣).

---

(١) د / عوض محمد ، جرائم المخدرات والتهرب الجمركى والتعدى ، المكتب المصرى الحديث ، ط١ ، ١٩٦٦ ، ص٢١٨.

(٢) د / عبد الرؤف مهدى ، مرجع سابق ، ص٤٨٢.

(٣) قضت محكمة النقض بأن " ما تجريه سلطات الجمارك من معاينة البضائع وأمتعة المسافرين إنمـــا هو نوع من التقصى أو البحث لأغراض اقتصادية ومالية ، أو تتعلق بالصحة والوقاية العامـــة ... وهى تجريه دون توقف على رضاء ذوى الشان ، أو توافر مظاهر الاشتباه فيه ، بوصـــفه تفتيـــشا إدارياً لا تتقيد فيه بما توجبه المادة ٤١ من الدستور بالنسبة للتفتيش بمعناه الصحيح من ضرورة استصدار أمر قضائى " يؤكد ذلك ان قانون الجمارك سالف الذكر خول فـــى المـــادة ٢٦ ، جميع موظفى الجمارك الحق فى إجراء هذا التفتيش ولم يقصره على من يعتبرون من مأمورى الضبط القضائى منهم – وهم أولئك الذين يصدر بتحديد وظيفتهم قرار وزيـــر الخزانة وفق نص المادة ٢٥ من ذلك القانون – وهو شرط لازم فيمن يجرى التفتيش القـــضائى . وقد كان القانون رقم ٦ لسنة ١٩٠٥ فى شأن منع تهريب البضائع والذى تضمن علـــى اســـتقلال بعض الأحكام الإجرائية الواجب اتباعها فى سبيل إجراءات القبض والتفتيش وغيـــرها بنص فى المادة السابعة منه على اعتبار جميع موظفى الجمارك وعمالها من رجال الـــضبطية القضائية أثناء قيامهم بتأدية وظائفهم ثم رد القانون رقم ٦٢٣ لسنة ١٩٥٥ بأحكام التهريب الجمركى ذلك الحكم حين أضفى فى المادة السادسة منه صفة الضبط القضائى على-

وفـــى فرنسا أجازت المواد ٦٤ – ١ ، ٢ – ٦٦ من قانون الجمارك إجراء هـــذا التفتيش – ووفقا لهذا فقد استقر القضاء على أنه " لا تستطيع شرطة الجمارك ضـــبط أو فتح الخطابات والأمتعة أو أن تقوم بأى عمل إجرائي يشبه التفتيش بناء علـــى معلـــومات بـــسيطة غير كافية بل لابد من وجود إمارات ودلائل قوية تبيح التفتيش " (١).

=موظفى الجمارك وعلى كل موظف يصدر بتعينه قرار وزير المالية والاقتصاد ، وإذ صدر مـــن بعد – القرار الجمهورى بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بإصدار قانون الجمارك ، ناصا فى المادة ٢٥ منه على أن " يعتبر موظفو الجمارك الذين يصدر بتحديد وظيفتهم قرار وزير الخزانة من مأمورى الضبط القضائى وذلك فى حدود اختصاصهم وفى المادة ٢٦ منه التالية لها على أن " لموظفى الجمارك الحق فى تفتيش الأماكن والأشخاص والبضائع ووسائل النقل داخـــل الدائـــرة الجمـــركية " ثـــم صدر فى ٧ من ديسمبر سنة ١٩٦٣ قرار وزير الخزانة والتخطـــيط رقم ٧١ لسنة ١٩٦٣ وعمل به من تاريخ نشره فى الثالث والعشرين من الشهر ذاتـــه ، محددا الوظائف التى يتمتع شاغلوها بصفة الضبط القضائى ، فإنه من تاريخ صدور هـــذا القـــرار الوزارى القائم على أساس تفويض تشريعى ، تكون صفة الضبط القضائى قد انحسرت عمن لم ترد وظيفته به ومع ذلك يظل قائما حقه فى إجراء التفتيش طبقا لنص المادة ٢٦ ســـالفة البيان التى أطلقت لجميع موظفى الجمارك ذلك الحق ولو لم يكونوا من مأمورى الضبط القضائى .

(نقض ١٩٥٠/٥/٢٣ ، مجموعة أحكام النقض ، س١ ، ص ٦٩٩ ، رقم ٢٢٧ – نقض ١/٢٥/ ١٩٧٠ ، س ٢١ ، ص ١٤٧ ، رقم ٣٥ ، – نقض ١٩٨٧/١٠/٢٢ ، س ٣٨ ، ص ٨٤٨ ، رقم ١٥٢ – نقض ١٩٨٣/٦/١ ، س ٣٤ ، ص ٧١٤ ، رقم ١٤٤)

(2) Cass. Crim, 16 Oct. 1958, B. C no 663 .

- Cass. Crim, 24 Janv. 1994. Bull. Crim 32.
- Cass. Crim, 4 Mars 1991 . B.C no 105, D., 1991 IR, 150 Si .
- ومـــن القوانـــين الخاصـــة والتى تسمح بإجراء هذا التفتيش بدون إذن مسبق من قاضى التحقيق قانون الغش والصادر بمرسوم ٢٢ يناير ١٩١٩ – وقانون المالية والضرائب ... حـــيث لا يجوز لرجال الشرطة الذى يحضرون لإجراء التفتيش على القوانين تجاوز هذا الاختصاص.

- Cass. Crim, 17 Oct, 1994: Bull Crim no 333
- CHAmpon , op. Cit. No 162. P. 112.

ب - التفتيش الإدارى بالاتفاق:

تقتضى بعض لوائح المصانع والمنشأت بوجوب تفتيش العمال عند مغادرتهم أماكن عملهم تفتيشا إدارياً بناء على إتفاق سابق بين من يقع عليه التفتيش وبين القائم به أو من ينوب عنه. ويقوم هذا التفتيش على أساس موافقة هؤلاء العاملين على التفتيش عند التحاقهم بالعمل سواء أكانت ثابتة فى عقد العمل أم كانت بناء على ما جرى عليه الحال دون إتفاق صريح[1] ، ومتى صدر هذا الرضاء فإنه يفترض وجوده فى كل مرة يجرى فيها التفتيش. فإذا اعترض العامل على تفتيشه أو امتنع عن الخضوع له. فإنه ينبغى التفرقة بين فرضين :

الأول : عند عدم وجود اتفاق ثابت ، فان التفتيش الذى يتم رغم اعتراض العامل يكون باطلا

الثانى : إذا كان هناك اتفاق صريح على ذلك فان التفتيش يكون صحيحاً رغم اعتراضه ، مادام لا يُجَرى بحثاً عن أدلة جريمة تحقق وقوعها وإنما تنفيذاً للالتزام الواقع على عاتق العامل بمقتضى العقد [2].

فى حين يذهب البعض – وبحق – إلى وجوب توافر الرضاء من جانب العامل فى كل مرة يجرى فيها تفتيشه وبحيث لا يجوز لرب العمل تفتيش العامل إذا ما اعترض على ذلك وعلة ذلك بأن رضاء العامل بالتفتيش هو رضاء مشوب بالإكراه ، باعتبار أن اللائحة عقد من عقود الإذعان لا يستطيع العامل أن يقبل العمل إلا وفق أحكامها ولو على كره منه مما يقتضى هذا الرضاء يومياً وبحيث يستند التفتيش إلى هذا الرضاء اليومى وليس إلى الرضا المسبق ، فيكون بذلك مشروعا لانتفاء سمة إكراه عن الرضاء اليومى وتوافرها بالنسبة للرضاء المسبق[3]

(١) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٧١ ...... كما قضت محكمة النقض بناء على ذلك بأن " تفتيش عامل فى ملجأ عند انصرافه منه يكون صحيحا إذا كانت لائحة الملجأ توجب هذا الإجراء ...... ١٩٤١/٣/٢٤ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٥ ، رقم ٣٣٠ ، ص٤٢٥ – وكذلك تفتيش الركاب قبل ركوبهم الطائرات نظرا لازدياد حوادث الطائرات ...... نقض ١٩٤٥/٤/٩ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٦ ، رقم ٥٤٩ ، ص٦٩٣.

(٢) د / حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص٥٧٦ – د/ سامى حسن الحسينى ، مرجع سابق، ص٧٩.

(٣) د / عوض محمد ، قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٣٩٠.

- حسن عكوشة ، شرح قانون المخدرات الموحد ، دار الفكر الحديث للطبع والنشر ، ط٢ ، ١٩٦١ ، ص١٢٤ ...... ومشار اليه ، د / إبراهيم حامد مرسى ، مرجع سابق ، ص٨٢٩
- حيث يذهب سيادته إلى القول بالاكتفاء بالرضا السابق دون حاجة لاشتراط الرضاء فى كل مرة يجرى فيها تفتيش العامل ...... ص٨٣٠.

إضافة إلى ما سبق فأنه يتعين للاعتداد بالرضا توافر شروط صحته كي ينتج أثره في جعل التفتيش صحيحاً ، فيتعين أن يصدر الرضا عن ذي صفة ، أي من الشخص الذي يجري تفتيشه وأن يكون صادراً عن إرادة حرة مميزة فلا عبرة برضاء شخص خاضع للإكراه (لأن لائحة عقد العمل تعد عقد من عقود الإذعان في ظل البطالة الكاسحة) وأن يكون هذا الرضاء سابقاً بل ومعاصراً على إجراء التفتيش ، والأصل في الرضا أن يكون صريحاً ومما لا شك فيه لا يعد عدم الاعتراض على التفتيش (انه رضاءً ضمنياً)[1] هذا كله مع الأخذ بعين الاعتبار ما نصت عليه المادة ٤١ من الدستور " الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر يستلزم ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة وذلك وفقا لأحكام القانون ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي "

وعليه نرى إنه إذا قام رب العمل بتفتيش العامل جبراً عنه رغم اعتراضه كان التفتيش باطلا ولا يعول على ما يسفر عنه من أدلة [2].

هـ- التفتيش الإداري الذي تفرضه الضرورة :-

وهو ما يقوم به رجل البوليس أو رجل الإسعاف من البحث في ملابس شخص غائب عن صوابه قبل نقله إلى المستشفى لجمع ما فيها وتعرفه وحصره. فهذا الإجراء لا مخالفة فيه للقانون أو هو من الواجبات التي تمليها على رجل الإسعاف الظروف التي يؤدون فيها خدماتهم وليس من شأنه أن يكون فيه اعتداء على حرية المريض أو المصاب الذي يقومون بإسعافه ، ومن ثم لا يعد تفتيشا بالمعنى الذي قصد الشارع إلى اعتباره عملاً من أعمال التحقيق[3] وسند هذا التفتيش حالة الضرورة التي ترتبت على فقد الوعي ، ولما كان هذا التفتيش مشروعاً فإنه إذا

---

(١) وقد قالت محكمة النقض في هذا " يكفي ان تستظهر المحكمة الرضا بالتفتيش من وقائع الدعوى وظروفها ومتى بنيت في حكمها الأدلة التي استخلصته منها وكانت هذه الأدلة مؤدية الى ذلك فلا معقب عليها في رأيها ... نقض ١٩٥٠/٦/١٤ ، أحكام النقض ، س١ ، رقم ٢٥١ ، ص٧٩١ – نقض ٩٦/١/٦ ، س٢٠ ، رقم ١ ، ص٢-

(٢) د / ممدوح إبراهيم السبكي ، مرجع سابق ، ص٣١٧.

(٣) د/ مأمون محمد سلامة ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، مرجع سابق ، ص٥٠٣ – د/ فوزية عبد الستار، مرجع سابق، ص٢٧٢ – د/ حسن ربيع، مرجع سابق ، ص٤٣٢ .

ترتب عليه معاينة جريمة ، كما لو عثر رجل الإسعاف عند تفتيش جيوب المصاب على مادة مخدرة أو سلاح غير مرخص به تحقق حالة التلبس (١).

٣٠٦- التفتيش الوقائى :

التفتيش الوقائى هو الذى يستهدف البحث عن شئ خطر يحمله المتهم توقياً لاحتمال استعماله فى الإعتداء على غيره أو فى الإضرار بنفسه. وهذا التفتيش مشروع طالما بقى فى نطاق غرضه أى اقتصر على تحرى وجود الشئ الخطر وتطبيقاً لهذا ذهبت محكمة النقض إلى أن "تفتيش المتهم قبل إيداعه بالسجن. أمر لازم . - ...... ولما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ، أن الضابط أنتقل إلى كشك المتهم الأول لضبط الطاعن لتنفيذ حكم صادر ضده فى جريمة سرقة وانه عقب ضبطه له اقتاده إلى ديوان قسم الشرطة. وانه قبل إيداعه بحجره الحجز بالقسم قام بتفتيشه تفتيشاً وقائياً فعثر على المخدر المضبوط. ومطواة قرن غزال ...... وكان ما أورده الحكم كافيا للرد على بطلان الدفع " (٢).

هذا ويستطيع رجل السلطة العامة عند ممارسة حقه فى إحضار المتهم وتسليمه إلى أقرب مأمور للضبط القضائى وذلك فى الجنح المتلبس بها وفقا للمادة ٣٨ أ. ج – أن يقوم بتفتيش المتهم تفتيشاً وقائياً. بل يجوز ذلك للأفراد العاديين عند تسليم الجانى المتلبس بالجريمة إلى أقرب رجل من رجال السلطة العامة وفقا للمادة ٣٧ أ. ج(٣) وفى فرنسا فقد نظم القانون الصادر فى ٢٠ مايو لسنة ١٩٠٣ فى المادتين ٣٠٧ ، ٣٠٨ التفتيش الوقائى حيث أجاز إجراءه عند كل محاولة لإجراء القبض ويمكن إجرائه ضد أى شخص مشتبه فيه أو فى حالة سكر (٣).

---

(١) د / محمود محمود مصطفى ، الإثبات فى المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص٢٦ – د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٨٤

(٢) نقض ٩٤/٢/١٦ ، أحكام النقض ، س٤٥ ، رقم ٤٢ ، ص٢٩١ – نقض ٩٨/١/٦ ، س٤٩ ، رقم ٦ ، ص٥٨ – نقض ٩٨/٥/١٩ ، رقم ٩٦ ، ص٧٣٩ ...... كما انه من المقرر إذا ما جاوز ذلك التفتيش فاستهدف ضبط شئ تعد حيازته جريمة كمخدر فهو باطل ......
نقض ١٩٤١/٦/٢ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٥ ، رقم ٢٧٣ ، ص٥٣٦ – وأضافت محكمة النقض " ان هذا التفتيش قد يكون فيه مصلحة للتحقيق لمنع المقبوض عليه من إعدام جسم الجريمة أو إخفائه. وفيه مصلحة للمتهمين فى بعض الأحيان لمنعهم من التفكير فى إيقاع الأذى بأنفسهم عند القبض عليهم – نقض ١٩٣٨/٥/٢٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٤ ، رقم ٤٣ ، ص١٢٨ – نقض ١٩٤٤/١٠/١٦ ، جـ٦ ، رقم ٣٧٥ ، ص٥١٥ – نقض ٢/٥/ ١٩٦٨ ، أحكام النقض ، س١٩ ، رقم ٢٨ ، ص١٥٦ – نقض ١٩٧٥/١٢/٢٨ ، س٢٦ ، رقم ١١٧ ، ص٥٠٠.

(٣) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٨٨ – د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٧٠ – د/ عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص٣٢١.

(3) Champon (P), Op. Cit, No . 168, p. 115.

المطلب الثانى
تفتيش الأشخاص

٢٠٧ـ تمهيد وتقسيم :ـ

التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق يستهدف البحث عن الحقيقة فى مستودع السر ، ويعتبر من أهم إجراءات التحقيق لأنه غالباً ما يسفر عن أدلة مادية تؤيد نسبة الجريمة إلى المتهم. ولا شك أن هذا الإجراء بالرغم من شدة خطورته لاعتدائه على الحرية الشخصية فى أوسع معانيها إلا أن مصلحة المجتمع فى الدفاع ضد الجريمة قد أباحه.

ونظراً للتوفيق بين مصلحة المجتمع فى مكافحة الإجرام ومصلحة المتهم فى عدم المساس بحريته الشخصية فقد أحاط القانون اتخاذ هذا الإجراء بقيود وضمانات كثيرة تكفل تحقيق التوازن بين حق الدولة فى الحصول على دليل الإدانة. وحق المتهم فى إثبات براءته. وسنتعرض فى هذا المطلب إلى الموضوعات الآتية :

الفرع الأول :- تفتيش المقبوض عليه.

الفرع الثانى :- الاستثناءات الواردة فى مباشرة هذا التفتيش.

الفرع الثالث :- حدود تفتيش شخص المقبوض عليه ومداه.

الفرع الرابع :- تفتيش الأنثى.

الفرع الأول
تفتيش المتهم

٢٠٨ـ ماهيته :ـ

يقصد بتفتيش الأشخاص - البحث فى أجزاء جسم الشخص وملابسه وحقائبه أو أية أشياء يحملها أو تكون فى حيازته ، بقصد العثور على الأدلة التى قد

تفيد فى الوصول إلى الحقيقة فى الجريمة التى قامت الدلائل على إتهامه بإرتكابها أو على حيازته لأشياء تفيد فى كشف حقيقتها[1] .

٢٠٩ـ حالاته :ـ

هذا وقد أجازت المادة ١/٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية لمأمور الضبط القضائى تفتيش المتهم فى الأحوال التى يجوز له فيها قانونا القبض عليه. وبذلك تنحصر سلطة ماموري الضبط القضائى فى تفتيش المتهم فى ذات النطاق الذى حصر فيه المشرع سلطتهم فى القبض عليه ، بحيث لا يكون لهم بغير أمر من سلطة التحقيق تفتيش المتهم إلا فى حالة التلبس وبشرط توافر دلائل كافية على اتهامه بارتكاب جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة اشهر[2].

على أن توحيد حالات القبض والتفتيش بالنسبة لمأمور الضبط القضائى لا يعنى عدم السماح له بتفتيش المتهم إلا حيث يكون قد قام بالقبض عليه فعلا ، وإنما كل ما يقيده هو عدم إجازة التفتيش إلا عند توافر شروط القبض . فيجوز لمأمور الضبط القضائى متى توافرت شروط القبض على المتهم أن يبدأ بتفتيشه ثم يأمر بالقبض عليه[3].

وقد ذهب رأى إلى عكس ذلك إذ يرى أن مأمور الضبط القضائى يستمد سلطة فى تفتيش المقبوض عليه من واقعة القبض ذاتها وليس من مستند القبض[4].

(١) نقض ١٩٥٧/٦/١٩ ، احكام النقض ، س٨ ، رقم ١٨٤ ، ص٦٨١ – نقض ١٩٦٦/٥/١٦ ، س١٧ ، رقم ١١٠ ، ص٦١٣ – كما قضى بأن إذن المحقق باستخراج المخدر من مكان خاص فى جسم المتهم صحيح – نقض ١٩٥٨/٣/١٧ ، احكام النقض ، س٩ ، رقم ٩٤ ، ص ٣٠٠.

(٢) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٧٦ – د / عمر السعيد ، مرجع سابق ، ص ٣١٧ – د/ محمد زكى عامر ، مرجع سابق ، ص٢٦٢.

(٣) نقض ١٩٦٧/٢/٢٨ ، أحكام النقض ، س١٨ ، رقم ٥٨ ، ص٢٩٥ ، حيث جاء به أن القانون إذ خول مأمور الضبط القضائى سلطة تفتيش المتهم فى الحالات التى تجيز له القبض عليه " لم يشترط لإيقاع هذين الإجرائيين ترتيبا معينا ، ومن ثم فإن ما ينعاه الطاعن من بطلان إجراءات الضبط وفساد دليل الكشف على المخدر المستمد منها استناد إلى أن القبض عليها كان تاليا لتفتيش عباءتها لا يسند الى أساس صحيح فى القانون "

(٤) د / محمد عودة ذياب ، مرجع سابق ، ص٣٩٢.

ونـرى الأخـذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن مأمور الضبط يستمد سلطة فى التفتيش ليس من واقعة القبض ذاتها بل مجرد قيام حالة التلبس التى تجيز لـه القبض ذلك أنه ليس بلازم أن يقبض مأمور الضبط القضائى بالفعل على المتهم لكى يفتشه بل له أن يلجأ إلى تفتيشه متى كان حاضراً ودون حاجة إلى القبض عليه أو أن يقبض عليه ثم يفتشه بعد ذلك[1].

أمـا قانـون تحقيق الجنايات الفرنسى الملغى أو قانون الإجراءات الجنائية الحالـى " لم يتضمن" نصاً يخول لمأمور الضبط القضائى تفتيش المقبوض عليه فى حالـة التلبس بالجريمة كما هو الحال فى القانون المصرى غير أن إغفال النص لا يعنى سلب الاختصاص منه وذلك لارتباط التفتيش بالقبض – وإن التفتيش يعتبر أقل خطـورة على حرية الإنسان من القبض [2] وتطبيقا لهذا قضى بأن إستعادة الأشياء التـى كـان المتهم قد استولى عليها هو أمر طبيعي وشرعى حتى وان خبأت هذه الأشـياء داخـل الملابـس ، حتـى وان كانت مخبأة داخل ملابس امرأة ، يجوز استعادتها [3].

وقـد نهجـت بعض التشريعات العربية نهج المشرع الفرنسى فلم تتضمن قوانيـنها الإجرائية نصا يجيز لمأمور الضبط القضائى تفتيش المتهم المقبوض عليه بناء على حالة التلبس بالجريمة ، كما هو الحال فى قوانين كل من الأردن والجزائر وسوريا والمغرب – وكذلك القانون اللبنانى[4].

---

(١) د / إبراهيم حامد مرسى ، مرجع سابق ، ص٧٧٢.

(2)Cass. Crim; 14 avR, 1961; : B. C , no 199-1er Fév. 1962 : B .C, no 75. Jull 1985.

(4) Cass. Crim; 16 Janv. 1969 : B .C, no 17

(٤) د / فوزية عبد الستار ، شرح قانون أصول المحاكمات الجنائية اللبنانية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٥ ، ص٣٩٧.

الفرع الثانى
الاستثناءات الواردة على هذا التفتيش

الأصل أنه متى توافرت شروط التفتيش أمكن إجراؤه فى أى محل يحوى ما يفيد فى التوصل إلى وجه الحق فى الجريمة إلا أن القانون قد استثنى بعض المحال وأضفى عليها حصانة معينة ، فلا يصح تفتيشها رغم تحقق ما يوجب إجراء هذا التفتيش.

وبناء على ذلك فلا يجوز تفتيش شخص صاحب الحصانة الدبلوماسية ولا أعضاء المجالس النيابية ولا القضاة إلا طبقا للشروط والأوضاع المقررة للتفتيش.

٢١٠- الإستثناءات المتعلقة بالحصانة الدبلوماسية.

تهدف هذه الحصانة إلى إحاطة شخص المبعوث ومسكنه ومراسلاته بنوع من الحصانة ضد الإجراءات الجنائية وذلك بهدف تمكينه من أداء مهام وظيفته بكل استقلال عن سلطات الدولة المعتمد لديها [١].

وتمتد الحصانة الدبلوماسية إلى أشخاص المبعوثين ومساكنهم ومراسلاتهم ومقر بعثهم على النحو التالى .

أ - شخص المبعوث

ويعنى ذلك حماية من كل تعرض أو إعتداء عليه سواء أكان من جانب الأفراد أم من جانب موظف الدولة ، وبناء على ذلك يتمتع المبعوثون الدبلوماسيون بحصانة شخصية تحول دون تعرض لهم بأى إجراء ماس بالحرية ، سواء كان قبضاً أو تفتيشاً ولا يملك رئيس البعثة أو المبعوث التنازل عن حصانته الشخصية لأنها ليست من حقوقه الشخصية التى يستطيع التصرف فيها وإنما هى مقررة لمقتضيات الوظيفة [٢] وبناء على ذلك ليس لمأمور الضبط القضائى مباشرة اختصاصاته الاستثنائية ضد شخص المبعوث الدبلوماسى بناء على ارتكابه لجريمة

---

(2) Mérignhac (A), traité de droit public international, Paris, 1907, t. 2, P. 264.

(٢) د / سامى حسنى الحسينى ، مرجع سابق ، ص٢١٢

يجرى العمل على تحرير محضر ورفع تقرير الى وزارة الخارجية ى لها أن تطلب منه مغادرة البلاد خلال مدة معينه [٢].

بعثة :

من المستقر عليه عدم جواز تفتيش مقار البعثات الدبلوماسية والقنصلية لتمتع هذه الأماكن بالحصانة الدبلوماسية. ومصدر هذه الحصانة العرف الدولى ، وأساسها الراجح هو اعتبار هذه المقار جزءا من إقليم الدولة التى تتبعها البعثة ، وطبيعى أن تشمل هذه الحصانة ملحقات هذه المقار مثل الحدائق وغيرها وتظل لهذه الأماكن حصانتها حتى ولو كان المقيم فيها الشخص المراد تفتيش مسكنه ليس من الدبلوماسين إلا إنه إذا أذن رئيس البعثة لسلطات الدولة المضيفة بالدخول والتفتيش كان هذا التفتيش أمراً مشروعاً كما تتمتع بالحصانة أيضاً مساكن أعضاء السلك السياسى الأجنبي فلا يجوز تفتيش هذه المساكن إلا برضاء أصحابها [٣] .

جـ- فئات الأشخاص الذين يستفيدون من هذه الحصانة :

تمتد الحصانة لتشمل رئيس البعثة الدبلوماسية وأعضائها سواء أكانوا يشغلون درجات دبلوماسية أو فنية أو إدارية فى البعثة كما تشمل زوجاتهم وأولادهم وكذلك الأشخاص الذين يعملون فى خدمتهم بشرط ألا يكونوا حاملى جنسية الدولة التى يوجد بها مقر السفارة أما بالنسبة لموظفى المنظمات الدولية فإن هذه الحصانات تمتد إلى كبار الموظفين كالأمين العام للمنظمة والأمناء المساعدين وكذلك تمتد هذه الحصانات إلى موظفى المنظمة الذين يصدر بتعيينهم قرار من المنظمة أما بالنسبة إلى الكتبة والمستخدمين فلا يتمتعون بهذه الحصانات[٤].

٢١١- الاستثناءات المتعلقة بالحصانة البرلمانية :

---

(1) Montreuil, les crimes et delits ; Et. Citée ; No. 136 ; P. 25

(2) د/ حامد عبد الحكيم محمود ، مرجع سابق ، ص ٣٤١ - د / ممدوح إبراهيم السبكى ، مرجع سابق ، ص٣٥٧

(٣) انظر اتفاقية فينا والمبرمة فى ١٨ أبريل ١٩٦١ والتى عمل بها اعتبارا من ٢٤ أبريل ١٩٦٤ والتى صدقت مصر عليها فى ٩ يونيو ١٩٦٤ ...... د/ عبد الرءوف مهدى ، مرجع سابق ، ص٤٦٤.

(٤) د / محمد حافظ غانم ، المنظمات الدولية ، مطبعة نهضة مصر ، ط٢ ، ١٩٥٨ ، ص٧١.

نصت المادة ٩٩ من الدستور على انه " لا يجوز فى غير حالة التلبس بالجريمة اتخاذ أية إجراءات جنائية ضد عضو مجلس الشعب إلا بإذن سابق من المجلس ، وفى غير دور انعقاد المجلس يتعين أخذ إذن رئيس المجلس ، ويخطر المجلس عند أول انعقاد له بما اتخذ من إجراء " ومن المقرر أن القانون إذا اشترط إذنا فإنه يجوز قبل صدور هذا الإذن اتخاذ جميع الإجراءات الجنائية فى الدعوى إلا فيما يتعلق بالإجراءات الموجهة ضد المتهم سواء بالنسبة إلى شخصه أو منزله(١) وبناء على هذا تشمل الحصانة البرلمانية تكليف عضو مجلس الشعب بالحضور والقبض عليه وحبسه احتياطيا وتفتيشه وتفتيش مسكنه أو محله وضبط المراسلات الصادرة منه أو المرسلة إليه ورفع الدعوى بطبيعة الحال أما الإجراءات الأخرى كسماع الشهود والمعاينة وندب الخبراء فيجوز اتخاذها قبل الإذن لأنها لا تمس شخصية العضو(٢) .

أما إذا كانت الجريمة فى حالة تلبس وتوافرت فيها الشروط اللازمة لممارسة الحق فى القبض والتفتيش كان لمأمور الضبط سلطة القبض على عضو البرلمان وتفتيش شخصه وذلك استنادا إلى نص المادة سالفة الذكر (٣) .

٢١٢ـ الحصانة القضائية :

فرقت المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية(٤) فى مدى الحصانة بين التلبس

---

(١) المذكرة الإيضاحية عن المادتين ١٩ و ٢٠ من مشروع الحكومة لقانون الإجراءات الجنائية.

(٢) د / محمود محمود مصطفى ، الإثبات فى المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص٤١.

(٣) وقد ذهب القضاء الفرنسى إلى تقرير أن الحصانة الإجرائية تتعلق بالنظام العام وتبطل الإجراءات المتخذة على خلاف أحكام هذه الحصانة ولو رضى بها النائب.

Cass Crim, 5 Aout 1882. D. 1883- 1 – 45.

بل يتعين على القاضى ان يثيرها من تلقاء نفسه إذا لم يدفع بها...بل يجوز الدفع بها لأول مرة أمام النقض.

Cass. Crim, 3 Fév. 1955, B. No. 82.

(٤) تنص المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية ٤٦ لسنة ١٩٧٢ " فى غير حالات التلبس بالجريمة لا يجوز القبض على القاضى وحبسه احتياطيا إلا بعد الحصول على إذن من اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٩٤ "

وتنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤ – من ذات القانون " ...... وللقاضى أن يعترض على التنبية الصادر إليه كتابة من رئيس المحكمة بطلب يرفع – خلال اسبوع من تاريخ تبليغه إياه إلى اللجنة المنصوص عليها فى الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية ...... "

وتنص المادة ٦: " يكون مقر محاكم الاستئناف فى القاهرة والاسكندرية وطنطا والمنصورة والاسماعيلية وبنى سويف واسيوط وقنا ، ويؤلف كل منها من رئيس وعدد كاف من الرؤساء والنواب ورؤساء الدوائر والمستشارين وتصدر الاحكام من ثلاثة مستشارين . ويجوز أن تنعقد محكمة الاستئناف فى أى مكان آخر فى دائرة اختصاصها او خارج هذه الدائرة عند الضرورة – وذلك بقرار يصدر من وزير العدل بناء على طلب رئيس محكمة الاستئناف . وكذلك يجوز تأليف دائرة الاستئناف بصورة دائمة من أحد مراكز المحاكم الابتدائية بقرار يصدر من وزير العدل بعد أخذ رأى الجمعية العامة لمحكمة الاستئناف " .

وغيـره ، ففـى حالات التلبس بالجريمة – جناية أو جنحة – أجاز القانون للنائب العام أن يقـبض علـى القاضى أو يحبسه احتياطياً " وأوجب عليه أن يرفع الأمر إلى اللجنة المنوه عـنها فى المادة ٩٤ خلال أربع وعشرين ساعة من تنفيذ الأمر ، وفى غير حالات التلبس لا يجـوز القـبض علـى القاضى أو حبسه إلا بإذن من اللجنة ، وفى غير حالات التلبس وغيرها لا يجوز اتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق مع القاضى ، عدا ما ذكر أو رفع الدعـوى الجنائـية علـيه إلا بإذن من اللجنة وبناء على طلب من النائب العام والمقصود بإجراءات التحقيق ما يمس شخص القاضى كتفتيشه وتفتيش مسكنه او استجوابه ومواجهته بالشهود. ولكن من الجائز اتخاذ الإجراءات الأخرى كسماع الشهود وإجراء معاينة(1).

---

(١) القضاه وإن كانوا موظفين عموميين لانطباق مفهوم الموظف العام عليهم (ورد تعريف الموظف العام فـى إحدى فتاوى مجلس الدولة إذ جاء فيها أن الموظف العام هو من يقوم بعمل دائم فى خدمة مرفق عام تديره أو تشرف عليه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام " – فتوى رقم ٦٣٦ فى ١٩٥٩/٩/١٦ ، مجمـوعة المكـتب الفنى بمجلس الدولة لفتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى ، س١٣ ، رقم ٢١٩) ألا انهـم لـيسوا موظفـين فـى الجهاز الحكومى ، لأن المقصود بهذا الأخير التابعة للسلطة التنفيذية ، أما القضاه فهم تابعون للسلطة القضائية.

ولا يخـتص أعـضاء الـرقابة القـضائية بالكشف عن جرائم القضاه بحسبان انهم لا يعملون فى الجهاز الحكومى ولكن هذا لا يعنى فى ذات الوقت استقلال القضاة بانحرافهم لأن وقوع جريمة من أحدهم لا يحول دون ضبطها والقبض على مرتكبيها بمعرفة مأمورى الضبط القضائى متى كانت الجريمة جناية أو جـنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد على ثلاثة اشهر وكانت الجريمة فى حالة تلبس. فإذا كانت الجـريمة فـى غير حالات تلبس فلا مفر من إلتزام مأمور الضبط القضائى بما ورد النص عليه فى المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية من وجوب الحصول على أذن من اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٩٤ من ذات القانون وذلك بالنسبة لكافة الإجراءات التى تنطوى على مساس بالحرية الشخصية للقاضـى كـالإذن بالقبض عليه أو تفتيش مسكنه أو مراقبة محادثاته التليفونية ...... د/ إبراهيم حامد طـنطاوى ، التعليق على حكم محكمة النقض (الدائرة الجنائية) رقم ٨٧٩٢ لسنة ٧٢ ق و ٢٧٣٧٥ لسنة ٧٣ ق ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص٧٢.

وقد نظم قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فى المواد من ٩٣–١١٥قواعد مساءلة القضاة تأديبيا.

ويخـتص بتأديب القضاة مجلس تأديب خاص يشكل برئاسة رئيس محكمة النقض وعضوية أقدم ثلاثة من رؤساء محاكم الاستئناف وأقدم ثلاثة من مستشارى محكمة النقض.

وقد أحاط المشرع المحاكم التأديبية للقضاه بضمانات عدة أهمها :

١. لا تقـام الدعـوى التأديبية إلا من النائب العام بناء على طلب وزير العدل أو بناء على اقتراح رئيس المحكمـة التـى يتبعها القاضى م ١/٩٩ وإذا لم يقم النائب العام برفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ الطلب ، جاز لمجلس التأديب أن يتولى من تلقاء نفسه الدعوى بقرار يبين فيه الأسباب م ٣/٩٩
٢. لا يقـدم الطلـب المـشار إليه إلا بعد إجراء تحقيق جنائى أو إداري يتولاه أحد نواب رئيس محكمة الـنقض او رئـيس محكمة استئناف يندبه وزير العدل بالنسبة إلى المستشارين أو مستشار من إدارة التفتيش القضائى بالنسبة إلى الرؤساء بالمحاكم الابتدائية وقضاتها (م ٢/٩٩)
٣. رفعا للحرج عن القاضى ، تنقضى الدعوى التأديبية باستقالة أو إحالة إلى المعاش م ١/١٠٤ .
٤. تكون جلسات المحاكمة التأديبية سرية (م ١/١٠٦) والنطق بالحكم فى جلسة سرية (م /١٠٧)
٥. للقاضـى أن يحـضر أمـام مجلس التأديب وله أن يقدم دفاعه كتابة وله أن يثبت فى الدفاع عنه أحد رجال القضاء من غير مستشارى محكمة النقض (م ٣/١٠٦)
٦. حفاظـا علـى كرامة القاضى لا يحكم عليه إلا بأخذ عقوبتين تأديبيتين هما اللوم والعزل (م ١٠٨) .... د/ محمد كامل عبيد ، استقلال القضاة " دراسة مقارنة " ، بدون جهة طبع ، ١٩٩١ ، ص ٣٥٤ – د / حسام الدين محمد احمد ، رسالة سابقة ، ص١٣٧.

الفرع الثالث

حدود تفتيش شخص المقبوض عليه

٢١٣- تنفيذ التفتيش :-

تفتيش شخص المتهم يعنى تحسس ملابسه من الخارج كما يعنى التنقيب فيها بدقـــة . وكذلك فحص الجسد ظاهريا لبيان ما به من آثار تساعد فى إجلاء الحقيقة كما أنه يشمل المنقولات الأخرى كافة التى بحوزة المتهم وقت التفتيش (١).

وقــد ذهب القضاء الفرنسى إلى أن تحسيس ملابس الشخص يعتبر فحصاً ظاهــرياً لا يعــد تفتيشاً بدنيا لأن التفتيش البدنى يتضمن قدراً من الإكراه وهو ما لا يتوافر فى الملامسة(٢).

ويمـــتد التفتيش إلى أى شئ من شأنه أن يكون دليلاً على ارتكاب الجريمة مـــثل العـــثور على أى أوراق أو مستندات أو وثائق تكون مفيدة فى إظهار الحقيقة (المواد ٩٤ ، ٩٥) من قانون الإجراءات الفرنسى(٣) .

يتعـــين علـــى المـــتهم أن يخضع للتفتيش طواعية ، فإن أبى كان لمأمور الضبط القـــضائى اللجـــوء إلى القوة لإجباره على الخضوع للتفتيش بشرط أن يكون الإكراه الذى تعـــرض له المتهم بالقدر اللازم لتنفيذه فإذا زاد الإكراه عن القدر اللازم لتنفيذ التفتيش كان

---

(1)Pédamonc (Michel), La fouille corporelle ; Rev S. C. Crimy 1967, 468.

(2) Betille (R) et Benna khlauf (A), Op. Cit. P. 16

وفى هذا المعنى Trip, Carr. Paris, 12 Janv. 1954. D. 1954; 71.

وهذا الرأى محل نظر ذلك أن مجرد فحص الجسد فحصا ظاهريا أو تحسيس ملابس الشخص من الخـــارج ينطوى على اعتداء على حرمة السر على أساس أن موضع الفحص يمكن أن يكون مستودع السر لهذا الشخص.

(3) Cass. Crim., 27 act. 1959 : Bull. Crim. No 450, Jcp, 1959, II, 11375, et notre note .

81 Juin 1966 : DS 1966 , 542 .

هذا العمل غير مشروع وبطل الدليل الذى أسفر عنه هذا القدر الزائد من الإكراه [1] بل إن استعمال قدر زائد من الإكراه عن الحد اللازم قد يرتب المسئولية الجنائية لمأمور الضبط القضائي ويخضع تقدير عمل مأمور الضبط القضائى لرقابة جهات التحقيق والمحاكمة .

---

(١) وبطلان التفتيش وما يترتب عليه من آثار كانت من أهم المشكلات التى اثيرت فى القضاء الامريكى حيث اتجهت المحكمة العليا فى كاليفورنيا إلى التحويل على آثار التفتيش الباطل تأسيسا على أن قاعدة استبعاد الأدلة لن تفيد الا طائفة معينة من المتهمين هم هؤلاء المجرمين الذين لا يمكن أدانتهم بغير الأدلة المستمدة من إجراء باطل ، وان تمكين هؤلاء المجرمين من الافلات من العقاب لا يعتبر مقابلا عادلا لانتهاك حقوقهم الدستورية كما انه لا يعتبر عقابا للقائمين بالإجراء الباطل وكذا فإنها لن تؤدى الى حماية المجتمع من المجرمين وبينما يتعين عقاب المجرم على جريمته وعقاب القائمين بالاجراء الباطل لمخالفتهم النصوص الدستورية ، فإن قاعدة استبعاد الأدلة لن تؤدى إلى تحقيق أى من هذين الغرضين ، بل على العكس من ذلك سوف تؤدى إلى إفلات المجرمين من العقاب بسبب أخطاء رجل الشرطة ويبقى المجتمع دون حماية من مخالفى القانون هذا إلى انه لا يوجد ما يثبت أن قاعدة استبعاد الأدلة قد أدت إلى منع التفتيش والقبض الباطلين ....

ثم عادت المحكمة وخالفت ما ذهبت إليه باستبعاد الأدلة المستمدة من التفتيش الباطل وعللت هذا بأن الخبرة اثبتت أن طرق العلاج الإدارية والجنائية والمدنية لم تفلح فى الحيلولة دون ارتكاب التفتيش والقبض الباطلين. هذا إلى أن استبعاد أدلة مستمدة من الإجراء الباطل جزاء لا يعادله – من حيث قوة الأثر – أى جزاء آخر فالقضايا المدنية التى أقيمت على ضباط الشرطة من أجل مخالفتهم للقانون هى من الندرة بمكان كما أن الدعاوى المدنية التى وقعت على هؤلاء الضباط تكون منعدمة وبالتالى فانه إذا أريد للضمانات الدستورية أن تحمى ، فلا مفر من وجوب إهدار الأدلة المستمدة من مخالفتها – د / احمد فتحى سرور ، اثر التفتيش الباطل " مقارنة بين اتجاهات كل من القضائين الامريكى والمصرى ، المجلة الجنائية القومية ، بدون سند وتاريخ ، ص١٥٤– وما بعدها

<u>اتجاهات محكمة النقض المصرى :</u>

نصت المادة ٣٣٦ من قانون الإجراءات على انه " إذا تقرر بطلان اى إجراء فانه يتناول جميع الآثار التى تترتب عليها مباشرة " وتطبيقا لهذا استقر قضاء النقض " على محكمة الموضوع ان تطرح الدليل المستمد من التفتيش الباطن فلا يصح لها الإعتماد عليه ولا على شهادة من أجروه ولا على ما أثبتوه فى محضرهم أثناء التفتيش من أقوال واعترافات مقول بحصولها ، أمامهم من المتهم ، لأن مثل هذه الشهادة تتضمن فى الواقع اخباراً منهم عن أمر ارتكبوه مخالفا للقانون .

نقض ١٩٣٤/٦/١١ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٣ ، رقم ٢١٦ ، ص٣٥٦ ، ١٩٣٤/٣/١٢ رقم ٢١٩ ص٢٩٠ – ١٩٥٠/١١/٢٨ ، أحكام النقض ، س٢ ، رقم ٩٧ ، ص٢٥٥ – نقض ١٩٥٨/١٠/٢١ ، س٩ ، رقم ٢٠٦ ، ص٨٣٩.

٢١٤ـ مشروعية استخدام الوسائل العلمية فى التفتيش :

وإذا كان التفتيش بمفهومه السابق محل اتفاق بين الفقهاء فهل يجوز أن يمتد نطاق التفتيش إلى داخل جسم الإنسان كفحص الدم أو غسيل المعدة ؟.

أولاً : فحص الدم :ـ

تنص المادة ٦٦ من قانون المرور ٦٦ لسنة ١٩٧٣ " يحظر قيادة مركبة على من كان واقعا تحت تأثير خمر أو مخدر وإلا سحبت رخصة قيادته إداريا ولمدة تسعين يوما ولضباط وأمناء ومساعدى الشرطة والمرور عند الاشتباه فحص حالة قائد المركبة بالوسائل الفنية التى يحددها وزير الداخلية بالاتفاق مع وزير الصحة ، أو إحالته إلى أقرب مقر شرطة أو مرور لاحالته إلى أقرب جهة طبية مختصة لفحصه ...... " وعليه يتبين أن أخذ الدم لتحديد نسبة الخمر (الكحول) فيه من أجل الكشف عن مخالفة سائق المركبة فى حالة سكر أو تخدير مسموح به خاصة بعد أن ثبت علميا أن نسبة الكحول يمكن أن تقاس من خلال هواء التنفس أولاً ولفترة محددة ثم يمكن معرفتها من خلال تحليل الدم [١].

وتطبيقا لهذا ذهب قضاء فرنسا إلى إجازة أخذ عينة من دم أحد الخصوم لتحليلها توصلاً إلى تقديم دليل علمى فى النزاع حيث ذهبت محكمة ليل سنة ١٩٤٧ م – على أثر نزاع بين زوج وزوجته فى شأن ابن لهما وقد طلب الزوج إحالة الأمر إلى خبير لفحص عينة من دم الأم ودمه ودم الطفل للتحقق من نسبة الطفل إليه ، وقد رفضت الزوجة هذا الطلب ودفعت بمخالفته لمقتضى الحرية الشخصية وقد أمرت المحكمة بإجراء الفحص المطلوب وقد بررت حكمها بأن التطور العلمى أثبت تنوع دم الإنسان إلى مجموعات متعددة لكل منها خصائص وإنه بالفحص يمكن القطع بابتعاد علاقة البنوة ، يضاف إلى ذلك أن للقاضى فى حدود القانون المرسوم أن يلجأ إلى تكوين عقيدته فى استخدام الوسائل التى تبدو له مناسبة لإظهار الحقيقة وأن أخذ عينة الدم من العمليات البسيطة التى لا خطورة فيها [٢].

ونحن من جانبنا لا نرى غضاضة فى هذا حيث أن كل عمل لا يفرض تضحية كبيرة أو خطيرة بالحرية الشخصية أو السلامة الجسدية فى هذا المجال يعد

---

(١) د / محمد عودة ذياب ، مرجع سابق ، ص٤٠١.

(٢) د / احمد أبو القاسم احمد ، مرجع سابق ، ص٢٥٠

مقبولاً [1] ولا يجب أن يعتبر هذا اعتداءاً على السلامة الجسمية والنفسية للإنسان والمعيار هنا موضوعي يقوم على الموازنة بين حجم الضرر الفردي والمنفعة العامة.

خاصة مع ما ثبت علمياً من أن الشخص يرث نصف العوامل الوراثية من الاب والنصف الآخر من الأم ومن نتائج الأبحاث والتي تجرى على عينات الدم والحامض النووي (DNA) يمكن الجزم بثبوت النسب من عدمه [2].

ثانياً : غسيل المعدة :-

قد يتطلب البحث أو أعمال الفحص الفنية المتعلقة بالخبرة إجراء غسيل للمعدة وتحليل هذه المتحصلات وقد اختلف الرأي في هذا الشأن فالبعض يرى أن القانون لم ينص على اعتبار غسيل معدة المتهم أحد إجراءات التفتيش ولهذا فإنه لا يوجد سند قانوني لمباشرة هذا الإجراء [3] بينما يذهب رأى آخر إلى اعتبار إجراءات غسيل المعدة ضمن إجراءات التفتيش وليس هناك ما يبرر استثناءها[4].

وتطبيقا لهذا ذهبت محكمة النقض إلى أنه " متى كان الإكراه الذي وقع على المتهم إنما كان بالقدر اللازم لتمكين طبيب المستشفى من الحصول على متحصلات معدته فانه لا تأثير لذلك على سلامة الإجراءات [5].

---

(١) د / حسن على حسن السمنى ، شرعية الدليل المستمد من الوسائل العلمية ، رسالة دكتوراه ، " جامعة القاهرة " ، ١٩٨٣ ، ص٢٢٦-

(٢) القضية رقم ٥١ لسنة ٢٠٠١ - ادارى مركز المنصورة ، القضية رقم ٨١٢٢ لسنة ٢٠٠٢ ادارى قسم ثانى المنصورة ، القضية رقم ٩٧٧ لسنة ٢٠٠٤ شئون أسرة المنصورة .

(٣) د / أدور غالى الذهبى ، جرائم المخدرات فى التشريع المصرى ، مرجع سابق ، ص٢٤٠.
د / مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه والقضاء ، مرجع سابق ، ص٢٤٨
د / محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص٢٦٩.

(٤) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٨٨ - د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٧٩ - د/سامى حسن الحسينى ، مرجع سابق ، ص٢٤٥.

(٥) نقض ١٩٥٧/٢/٤ ، أحكام النقض ، س٨ ، رقم ٣١ ، ص١٠٤ - نقض ٧٢/٣/١٢ ، س٢٣ ، رقم ٨١ ، ص٣٥٧.

- هذا وقد أثار البعض أمام اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان ، أن أمر السلطات بإخضاع الشخص للفحص الطبى أمر يخالف ما جاء بالمادة الثالثة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان.
- Vitu. M.J. “ La convention Européenes des droits de L’Homme au Respect de la vie privée du domicile et des communication Brux elles, 30 Sept. 3 Oct. 1970.
- ولكن اللجنة الأوربية قررت أن الفحص الطبى إجراء عادى فى التحقيق مادام ملائما للدعوى ورضاء المتهم بإجراء تلك الفحوص أو الكشف الطبى أو اخذ العينات أو رفضه لا يغير من الأمر شئ وهو إجراء لا غبار وعليه ......د/ احمد أبو القاسم احمد ، مرجع سابق ، ص٢٥٩.

الفرع الرابع
تفتيش الانثى

٢١٥ـ ندب انثى للتفتيش :ـ

إذا كـان المتهم أنثى وجب أن يكون تفتيشها بمعرفة أنثى فقد نصت المادة ٤٦ مـن قانون الإجراءات الجنائية (فى فقرتها الثانية) على أنه " إذا كان المتهم أنثـى يجـب أن يكـون التفتيش بمعرفة أنثى يندبها لذلك مأمور الضبط القضائى " وتتعلق هذه القاعدة بالنظام العام ، إذ الهدف منها المحافظة على الآداب العامة[١] و يجـد هـذا الاستثناء حدوده عند الأجزاء التى تعتبر من عورات المرأة التى تخدش حياءها إذا مست [٢] وتطبيقا لهذا استقر قضاء النقض على أن " تنفيذ الإذن بتفتيش الطاعـنة دون الاسـتعانة بانثـى - لا يعيب لإجراءاته طالما اقتصر على مواضع لا تعتبر من عورات المرأة التى لا يجوز لرجل أن يطلع عليها " [٣] لذلك فإن رجل البوليس لا يكون قد خالف القانون إذا هو التقط لفافة المخدر التى طالعته فى وضعها الظاهر بين أصابع قدم المتهمة [٤] ولا يعد أيضا مخالفا للقانون - قيام المتهمة بنفسها

---

(١) نقض ١٩٨٤/١/٣١ ، احكام النقض ، س ٣٧ ، رقم ١٩ ، ص ٩٥ - نقض ١٩٩٤/٥/٩ ، س ٤٥ ، رقم ٩٦، ص ١٢٤ - نقض ١٩٩٧/١٠/١٩ ، س ٤٨ ، رقم ١٦٩ ، ص ١١٢٣

(٢) ويذهب رأى إلى أن الحكمة من هذا القيد لا تتمثل فى أن مأمور الضبط إذا فتش الانثى وهو رجـل يرتكب حسب الأصل جريمة هتك عرض ، لانه حتى إذا جرى المساس لجسم الأنثى مـن أنثـى مثلها وفى مواضع العفة من جسمها فان هذا المساس يكون فى الأصل هو الآخر هـتك عرض إذا لم يكن فيه أداء لواجب قانونى هو التفتيش أو لم يكن فيه استخدام لرخصة كـالفحص الطبى وإذن فالحكمة الملهمة للقاعدة التى تتطلب تفتيش الأنثى بواسطة أنثى مثلها هو الحرص على الكرامة الأدمية للإنسان حتى يكون أنثى ، ذلك لأنها تخشى وهى فى موقف الاتهام بإذلال لانوثتها لو قام بتفتيشها رجل بينما لا يكون لهذا الإحساس ذات القدر من الحدة لـو قامـت بتفتيـشها أنثى من جنسها ...... د/رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ، مرجع سابق ، ص٦٩ - د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٧٩.

(٣) نقض ٨٤/١/٣١ ، أحكام النقض ، س٣٥ ، رقم ١٩ ، ص٩٥ - نقض ٩٤/٥/٩ ، س٤٥ ، رقم ٩٦ ، ص١٢٤ - نقض ٩٧/١٠/١٩ ، س٤٨ ، رقم ١٦٩ ، ص١١٢٣.

(٤) نقض ١٩٥٧/٥/٢٠ ، أحكام النقض ، س٨ ، رقم ١٤٣ ، ص٥٢١

بتقليب جيوبها وإخراج علبة المخدر منها (١) أو جذب مأمور الضبط المخدر من يد المتهمة (٢)

ولا يـشترط فـي الأنثى التي تتولى التفتيش أن تكون موظفة عامة ، وان كانت تعتبر حين أدائها لهذه المهمة مكلفة بخدمة عامة ولم يتطلب القانون أن تحلف هذه الأنثى يمينا قبل أدائها مهمتها " إلا إذا خيف ألا يستطاع فيما بعد سماع شهادتها بيمين " (٣) ويجب أن يذكر المأمور في محضره اسم هذه الانثى كي يتاح استدعاؤها للشهادة في مراحل الدعوى التالية.

ولا يشترط لـ صـحة الندب الصادر عن مأمور الضبط القضائي ان يكون كتابه بل يكفي أن يكون الندب شفهيا (٤).

٢١٦ـ التفتيش بمعرفة طبيب :

قـضت محكمة النقض أول الأمر بعدم جواز ذلك ، تأسيسا منها على أنه لا محل للقول بأن الطبيب يباح له بحكم مهنته مالا يبيح لغيره من الكشف عن الإناث وانـتهت في هذا الحكم إلى بطلان إجراء التفتيش في هذه الحالة (٥) على أن محكمة الـنقض عدلت عن هذا الاتجاه القضائي في حكم أجازت فيه الاستعانة على تفتيش الأنثـى بطبيب فقالت : أن الكشف عن المخدر في مكان حساس من جسم الطاعنة بمعـرفة طبيب المستشفى لا تأثير له على سلامة الإجراءات وذلك لأن قيامه بهذا الإجراء إنما كان بوصفه خبيراً وما أجراه لا يعدو أن يكون تعرضاً للطاعنة بالقدر الـذي تـستلزمه عملية التدخل الطبي اللازم لإخراج المخدر من موضع إخفائه في

---

(١) نقض ١٩٥٧/١٢/٣ ، أحكام النقض ، س٨ ، رقم ٢٦٠ ، ص٩٤٨.

(٢) نقـض ١٩٦٠/٢/٨ ، أحكام النقض ، س١١ ، رقم ٣٠٥ ، ص١٤٨ – نقض ١٩٦٦/٣/٧ ، س١٧ ، رقم ٥١ ، ص٢٥٨ – نقض ٧٢/٥/٢١ ، س٢٣ ، رقم ١٦٩ ، ص٧٥٩.

(٣) د / محمـود نجـيب حسني ، مرجع سابق ، ص٥٩١ – د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفي ، مـرجع سابق ، ص٢٧٩ – وفي هذا المعنى نقض ١٩٧٢/٥/٢٩ ، أحكام النقض ، س٢٣ ، رقم ١٨٧ ، ص٨٣٥.

(٤) د / حسن صادق المرصفاوي ، أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، ١٩٨٢ ، جـ ١ ، ص٢٧٤ .

(٥) نقض ١٩٥٥/٤/١١ ، أحكام النقض ، س٦ ، رقم ٢٤٩ ، ص٨٠٧.

جـــسم الطاعـــنة[1] وإذا احـــتاج إخـــراج المخدر من جسم المتهمة إلى تدخل طبى فالإجراء مشروع لأنه بمثابة ضرورة إجرائية احتاجت إلى خبرة طبية.

والرأى عندنا هو سلامة الاتجاه الأول لقضاء النقض فالعلة من وضع المادة ٤٦ (فى فقرتها الثانية) هو معاملة المتهم بما يحافظ على كرامته ومما لا شك فيه أن إســناد هذه المهمة إلى طبيب ينطوى على إهدار للكرامة فضلاً على أنه ينطوى على إيذاءً معنوى لها وهو الأمر الذى حظره قانون الإجراءات فى المادة ٢/٤٠ أ. ج " .... تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الإنسان ولا يجوز إيذاؤه بدنياً أو معنوياً " ومخالفا لوضوح النص فى أن التفتيش لا يكون إلا بمعرفة أنثى ونفس الأثر ينــصرف إذا كان التفتيش بمعرفة الزوج [2] مع الأخذ بعين الاعتبار انعدام الرضا فـــى هـــذه الحالة (التفتيش بمعرفة الزوج) لوجود نوع من الإكراه المعنوى على الزوج والذى يبطل معه الإجراء المتخذ وما يترتب عليه من آثار.

وفى فرنسا لم يتضمن قانون الإجراءات نصا فى هذا الشأن فالقانون لم يتحدث عن تفتيش المقبوض عليه تفتيشا قضائيا وبالتالى لم يتحدث عن تفتيش الأنثى [3].

واتجهـــت غالبـــية التشريعات العربية إلى الأخذ بهذه القاعدة ومنها القانون الاردنى ٢/٨٦ ، الاماراتى ٢/١٢ ، البحرينى ٢/٢٧ ، السودانى ٢/٤١ ، العراقى ٨٠ ، القطرى ٢/٣٠ [4].

---

(١) نقض ٧٦/١/٤ ، أحكام النقض ، س٢٧ ، رقم ٢١ ، ص٩.

(٢) يـــذهب رأى إلـــى أنـــه إذا تـــم التمسك بحرفية نص الفقرة الثانية من المادة ٤٦ من قانون الإجـــراءات فإنـــنا نصل إلى بطلان التفتيش فى هذه الحالة أما إذا تجاوزنا حرفية النص إلى الحكمـــة منه ، فإننا نخلص إلى صحة هذا الإجراء ...... د / عبد الفتاح مصطفى الصيفى ، مرجع سابق ، ص٢٨٠.

(3) CHAmpon (P), Op. Cit, No 168. P. 115.

(٤) ومشار إليه د / إبراهيم طنطاوى ، مرجع سابق ، ص٨٠٦.

المطلب الثالث
تفتيـش المساكـــن

٢١٧ـ تمهيد وتقسيم :ـ

تفتيش المنازل عمل من أعمال التحقيق فلا يجوز الالتجاء إليه إلا بناء على اتهـام موجه إلى شخص مقيم فى المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشـتراكه فـى ارتكابهـا أو إذا وجدت قرائن ودلائل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة (المادة ٩١ إجراءات) (١) ولما كان التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق فـإن الأصل فيه أنه يدخل فى اختصاص سلطة التحقيق ومن ثم فلا يجوز لمأمور الـضبط القـضائى القـيام به إلا بناء على أذن من هذه السلطة ومع هذا فقد خرج المـشرع علـى هذا الأصل وأعطى لمأمور الضبط القضائى - بصورة استثنائية - سلطة القيام به فى حالة التلبس بجناية أو جنحة وذلك بقصد ضبط الأشياء والأوراق التـى تـوجد فيها وبشرط أن يتضح من إمارات قوية أنها موجودة فيه. بهذا قضت المادة ٤٧ من قانون الإجراءات قبل الحكم بعدم دستوريتها . (٢) فقد أثار تطبيق هذا النص كثيراً من التساؤل حول مدى اتفاقه مع أحكام الدستور إلى أن حسم الأمر بما انـتهت إليه المحكمة الدستورية فى حكمها الشهير الصادر فى ٢ يونيو سنة ١٩٨٤ بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية (٣) .

ولمـا كانـت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ تقـضى فـى فقـرتها الأولى بأن " أحكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية وقـراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة " وفى فقرتها الثالثة بأن "

---

(١) معدلة بق ٣٧ لسنة ١٩٧٢.

(٢) د / جلال ثروت ، نظم الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٣٩٦ .

(٣) وتطبـيقا لهـذا قضت محكمة النقض " أن كل ما يشترط لصحة التفتيش الذى تجريه النيابة العامـة أو تأذن بإجرائه فى مسكن المتهم أو ما يتصل بشخصه هو أن يكون رجل الضبط قد علم من تحرياته واستدلالاته أن جريمة معينة جناية أو جنحة قد وقعت من شخص معين وان يكـون هناك من الدلائل والإمارات الكافية والشبهات المقبولة ضد هذا الشخص تبرر تعرض التحقيق لحرمة مسكنه أو ما يتصل شخصه فى سبيل كشف مبلغ اتصاله بتلك الجريمة.
نقض ٩٣/١/١٧ ، أحكام النقض ، س٤٤ ، رقم ٩ ، ص٨٦ – نقض ٩٤/٢/١٥ ، س٤٥ ، رقم ٤٣ ، ص٣٠٢

يتـرتب علـى الحكم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من الـيوم التالي لنشر الحكم . فإنه يترتب على ذلك أن نص المادة ٤٧ أ. ج قد أصبح نصاً معطلاً لا يجوز تطبيقه [١].

ومعنى ما تقدم أن سلطة مأمور الضبط فى تفتيش منزل المتهم قد أصبحت - منذ نشر هذا الحكم - مقصورة على حالة الندب من سلطة التحقيق لإجراء التفتيش

لذلك ستكون دراستنا لهذا المطلب على النحو الآتى.

الفرع الأول : المقصود بالمسكن.

الفرع الثانى : تميز تفتيش المساكن عن دخول المحال العامة.

الفرع الثالث : قواعد تنفيذ تفتيش المسكن.

---

(١) وتطبيـقا لهـذا قضت محكمة النقض " الحكم بعدم دستورية نص تشريعى أثره . عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشره . م ٤٩ / ٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا . إنسحاب هذا الأثر إلى المستقبل والعلاقات السابقة على صدوره إلا الحقوق التى استقرت بحكم بات استنفد كافـة طـرق الطعن بما فيها النقض . تعلق ذلك بالنظام العام . مؤداه إلتزام محكمة النقض بإعماله من تلقاء نفسها وجواز إثارته أمامها .

نقض ١٩٩٩/٢/٢٢ ، أحكام النقض ، س ٥٠ ، رقم ٥٦ ، ص ٢٩٩ .

الفرع الأول
المقصود بالمسكن

استعمل المشرع الإسلامي في الآية التي تنهى عن دخول مسكن الغير لفظ بيت " في قوله تعالى (يأيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون) [١].

والبيت في اللغة اسم لمسقف واحد له دهليز يتخذ مأوى للإنسان أو البهائم سواء كان من حجر أو مدر أو صوف أو أي شئ آخر[٢].

وبيت الإنسان مسكنه وقد وردت البيوت في الآية الكريمة نكرة واقعة في سياق النهى فكانت من ظاهرها شاملة للبيوت المسكونة وغير المسكونة إلا أن الآية مقابلها بقوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم والله يعلم ما تبدون وما تكتمون) [٣] فالآية الكريمة أخص من التي قبلها وذلك أنها تقتضي جواز الدخول إلى البيوت التي ليس فيها أحد إذا كان له متاع فيها بغير إذن كالبيت المعد للضيف إذا أذن له فيه أول مرة كفى [٤].

٢١٨ـ ماهية المكان المسكون :ـ Lieu habité

لم يضع قانون العقوبات تعريفا للمكان المسكون [٥] لذلك اتجه الفقه إلى القول بأنه " كل مكان يقيم فيه الشخص بصفة دائمة أو مؤقتة بحيث يكون حرما آمنا لا يباح لغيره دخوله إلا بإذن منه " [٦].

---

(١) سورة النور – الآية (٢٧)

(٢) دائرة المعارف للبستاني ، جـ٥ ، " بيروت " ، ١٨٨١ ، ص٧٣٠ ومشار إليها ، د/ حامد عبد الحكيم محمود راشد ، رسالة سابقة ، صـ٤٤.

(٣) سورة النور الآية (٢٩).

(٤) تفسير القرآن العظيم ، ابن كثير ، مرجع سابق ، جـ٣ ، ص٢٧٢.

(٥) وهو ذات مسلك المشرع الفرنسي أداء نص المادة ٣٩٠ ع فرنسي بصدد تشديد العقوبات على السرقات في المساكن.

Jeanidier, repression du vol simple, Circonstances aggravantes J.C.L. De. droit. Penal , 1989, art. 385 a : 385, N. 37, P. 13.

(٦) د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص٣٩٩ – د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٢٧٤ – د/ حسني الجندي ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص٥٩٦.

٢١٩ـ أنواع الأماكن المسكونة :

يتجه الفقه إلى تقسيم الأماكن المسكونة إلى قسمين هما الأماكن المخصصة للسكن بطبيعتها، والأماكن المسكونة فعلا وإن لم تكن مخصصة للسكن.

فالأماكن المخصصة للسكنى بطبيعتها هى الأماكن التى أعدت للإقامة والاستقرار ومسكونة فعلا. ومن أمثلتها المنازل ، والغرف المؤجرة ، وغرف الفنادق ، والمستشفيات وما شابه ذلك(١).

أما الأماكن المسكونة فعلا وإن لم تكن مخصصة للسكن ، فهى أماكن لم تنشأ بغرض الإقامة والإستقرار وإنما أنشئت لأغراض أخرى إلا إنه نظراً لوجود شخص يبيت فيها لحراستها فإنها تعد من قبيل الأماكن المسكونة ومن أمثلتها المدارس والمتاجر ودور المحاكم والبنوك(٢) .

أما بالنسبة للمساكن الخالية كالمنزل الذى يتم بناؤه حديثا والمساكن المعدة للإيجار فإنها لا تعتبر من قبيل الأماكن المعدة للسكنى(٣) كذلك لا يعد مقر جمعية أو شركة مسكنا بالنسبة لرئيسها(٤) وكذلك الشقة أو المنزل الذى دمر جزء منه بحريق أو فيضانات ونحوه ولم يعد مأهولاً بالسكان فإنه لا يصح إطلاق اسم مسكن عليه ولا تطبق عليه الأحكام والقواعد التى تسرى على المساكن(٥).

---

(1) Cass. Crim., 24 Juin 1893 : S., 93, 1, 497. – 31. Janv. 1914 : D., 1918, 1, 76- 30 mai
1980 : B. C., no 165.

(٢) د / عمـر السعيد ، مرجع سابق ، ص٣٢٧ – د / عبد الرؤف المهدى ، مرجع سابق ، ص ٤٥٨ – د / إبراهيم حامد طنطاوى ، المسئولية الجنائية عن جنايات السرقة ، مرجع سابق ، ص٥٣.

(٣) د / فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، " القسم الخاص " ، مرجع سابق ، ص٨٤.
د / حسن صادق المرصفاوى ، جرائم الأموال ، نهضة مصر ، ١٩٥٦ ، ص٦٩.

(4) Cass. Crim 27 Sept. 1984 : B .C., no 275 ; JCP, 1984, 1V, 327.

(5) Cass. Crim., 31 Mai 1994 : B. C., no 213.

كذا لا يمكن اعتبار السفينة أو المركب التى يبلغ طولها خمسة أمتار دون إعداد أو تنظيم للسكن أنها مسكن.

Cass. Crim, 20 Nov. 1984 : B . C., no 355.

ونخلص مما سبق إلى أن المسكن هو مكان خاص أعده حائزه للإقامة فيه فإذا انتفى شرط الإقامة لا يعتبر المكان منزلا ولو كان خاصاً وبناء على ذلك فإن المكاتب والعيادات الطبية لا تعتبر مساكن ولا يطبق عليها قواعد التفتيش المتعلقة بالمساكن وإنما القواعد الخاصة بتفتيش الأشخاص و تنطبق فكرة المكان المسكون فحسب على الأبنية المعدة للسكنى الدائمة وإنما تمتد كذلك إلى الأماكن التى تتوافر فيها إقامة مؤقتة لتحقيق حاجيات معينة ومباشرة أعمال معينة وقد مد القانون حماية الأماكن المسكونة إلى الأماكن الملحقة بها والمخصصة لمنافعها ، كغرف الغسيل والمطبخ والجراج والحديقة وعشش الطيور[١]

٢٢٠ـ الوضع بالنسبة للسيارات :ـ

أولاً : السيارات العامة :ـ

أما بالنسبة للسيارات فإذا كانت السيارة عامة كالأتوبيسات والقطارات والترام فإنها تعامل معاملة المحال العامة من حيث جواز دخولها لرجال الضبط فإذا أدركوا بها جريمة فى حالة تلبس كان لهم ممارسة صلاحيتهم قانونا [٢] وكذلك الحال بالنسبة للسيارات الأجرة أو المعدة للإيجار فتعتبر بمثابة محل عام لأنها معدة لأن يركبها أى شخص دون تمييز وعلى ذلك يجوز لرجال الضبط أن يدخلوها مادامت فى حالة عمل وفى الطريق العام ، فإذا أدرك مأمور الضبط جريمة متلبسا بها كان له مباشرة الاختصاصات المخولة له قانونا[٣] .

ثانياً : السيارات الخاصة :ـ

أن حرمة السيارة الخاصة مستمدة من اتصالها بشخص صاحبها أو حائزها[٤]وتطبق القاعدة تلك ولو كانت السيارة واقفة فى مكان ظاهر ولا يوحى بتخلى صاحبها عنها وتطبيقا لهذا ذهبت محكمة النقض إلى أن " المتهم قرر عند

---

(١) د / احمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، ط٣ ، مرجع سابق ، ص٨٣٨.

(٢) د/ محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص٢٨٥ – وفى هذا استقر القضاء الفرنسى على أن السيارة لا تأخذ حكم المسكن.

- Cass Crim 11 Sept. 1933 : DP, 1973, 1. 40 : B. C., no 191.

(٣) نقض ١٩٦٦/١٠/١٧ ، أحكام النقض ، س١٧ ، رقم ١٧٦ ، ص٩٥١.

(٤) نقض ١٩٦٩/٦/٣٠ ، أحكام النقض ، س٢٠ ، رقم ٩٧٦ ، رقم ٩٣١.

Cass Crim; 23 Juin 1964; J.C.P. 1955-2. 140 80. Gaz : Pal. 1964 – 2 – 327.

تفتيش العربة التى ضبط بها المخدر أن هذه العربة ليست له وكان ظاهر أقواله أنه لا شأن له بها ولا بما فيها فلا يقبل منه التمسك ببطلان تفتيشها ولو كانت ملكه فى الحقيقة[1] أما إذا كانت السيارة تقف بجراج ملحق بالمسكن فيكون لها حرمة المسكن شأنها شأن أى منقول من المنقولات الموجودة داخل المسكن[2].

٢٢١- حرمة محل التجارة مستمدة من حرمة صاحبه :

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض إلى أن " حرمة محل التجارة مستمدة من اتصاله بشخص صاحبه أو بمسكنه ومن ثم فإنه فى الأحوال التى يجوز فيها تفتيش شخص معين أو تفتيش مسكنه يجوز تفتيش محل تجارته. فإذا أذنت النيابة العامة لأحد مأموري الضبط القضائى بتفتيش شخص معين أو تفتيش سكنه انسحب هذا الإذن على محل تجارته ولو لم ينص فى الإذن صراحة على تفتيش محل تجارية "[3].

الفرع الثانى
التمييز بين تفتيش المكان والدخول فيه

سلف لنا القول بأن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية مما ترتب عليه عدم جواز أن يقوم مأمور الضبط القضائى بتفتيش مسكن المتهم دون أمر من سلطة التحقيق حتى ولو كانت الجريمة المرتكبة قد ضبطت فى حالة تلبس إلا أن ذلك الحكم لا يمس الحالات الأخرى التى ورد النص عليها فى المادة ٤٥ من قانون الإجراءات الجنائية والتى يجوز فيها لمأمور الضبط القضائى - بل ولرجال السلطة العامة - دخول المساكن دون حاجة

---

(١) نقض ٤٧/١٠/١٤ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٧ ، رقم ٣٩٨ ، ص٣٧٨ - نقض ٨/ ١٩٤٧/١٢ ، جـ٧ ، رقم ٤٤٦ ، ص٤١٥ .

(٢) د / عبد الرؤف مهدى ، مرجع سابق ، ص٤٦٣ - د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، رسالة سابق ، ص٧٨٧.

(٣) نقض ٥٦/١١/١٣ أحكام النقض ، س ٧ ، رقم ٢٢١ ، ص ١١٥٩ - نقض ١٩٦٢/١/١٥ ، س ١٣ رقم ١٠ ، ص٣٨ - نقض ١٩٦٩/٦/١٦ ، س ٢٠ ، رقم ١٨١ ، ص ٩١٠ - نقض ١٩٨١/٥/٢٥ ، س ٣٢ ، رقم ٩٥ ، ص ٥٤٢ .

إلى الحصول على إذن مسبق من جهة قضائية كما لو كان الدخول طلباً لمساعدة من الداخل أو فى حالة الحريق أو الغرق أو ما شابه ذلك [1] ويلاحظ أن هذا الدخول لا يعد فى صحيح القانون تفتيشا بل هو - على حد قول محكمة النقض - مجرد عمل مادى أقتضته الضرورة [2].

هــذا وتقتــضى دراســة دخول الأماكن العامة التفرقة بين الأماكن العامة بطبيعتها والأماكن العامة بالتخصيص :

٢٢٢- الأماكن العامة بطبيعتها :

وهــى التــى يباح لجمهور الناس الدخول فيها أو المرور منها فى أى وقت شاء ومثالها الشوارع والحدائق العامة والحقول . ومن ثم فإنه يحق لمأمور الضبط القضائى أن يدخل ويتجول فى المكان العام بطبيعته ويتفحص ما يكون فيه من أشياء بإعتباره فرداً عادياً ولا يعد ذلك تفتيشاً وإنما هو ضرب من ضروب التحرى [3].

٢٢٣- الأماكن العامة بالتخصيص :

فهى تلك الأماكن التى يباح لجمهور الناس الدخول فيها خلال أوقات معينة وفى أجزاء معينة منها بغير تمييز سواء أكان ذلك بغير شروط أم كان يشترط كأداء رسم ومن أمثلتها المطاعم والحانات والمقاهى والأصل أن لرجال السلطة العامة فى دوائــر اختــصاصهم دخول هذه المحال العامة أو المفتوحة للجمهور لمراقبة تنفيذ القوانــين واللــوائح وهو إجراء إدارى أكدته المادة ٤١ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ فى شان المحال العامة والمقابلة للمادة ٩ من القانون ١٠ يوليو لسنة ١٧٩١ م - فرنــسى - بشأن المحال العامة " حق رجل الضبط دخول الخمارات والملاهى

---

(١) د / مأمــون محمــد سلامة ، الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى ، مرجع سابق ، ص ٥٤٠.

- د / حــسن ربــيع ، مرجع سابق ، ص٤٤٠ - د / على فضل البوعينين ، مرجع سابق ، ص ١١٣.

(٢) د / عمــر السعيد ، مرجع سابق ، ص٣٣٦ - د / حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٥٩٩ - د / محمد زكى أبو عامر ، مرجع سابق ، ص٢٧٣.

(٣) د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٩٥.

Garraud (R); Trait théorique et pratique de droit pénal; Francais; Paris, 3 éd 1924; t. 5; P. 560.

الليلية وأماكن العرض وما شابهه ذلك للتأكد من مدى الالتزام بتنفيذ اللوائح والقوانين وضبط المخالفات[١].

ولا يجوز لمأمور الضبط الدخول فى المكان العام بالتخصيص فى غير الأوقات التى يجوز فيها لجمهور الناس الدخول فيه فإذا أغلق المقهى أبوابه بعد انصراف زواره صار مكانا خاصا ، فلا يجوز لمأمور الضبط القضائى الدخول فيه ويتعين على مأمور الضبط أن يلتزم بالغرض الذى من أجله خوله القانون الدخول فى المكان . فإذا خوله الدخول فيه كى يتحقق من أنه لا تقدم فيه خمور أو لا ترتكب فيه أفعال مخلة بالحياء فلا يجوز له أن يفتش أحد زواره [٢] أو أن يفتح درج مكتب مدير المحل أو يفض لفافة محكمة الغلق موضوعة على مكتبه[٣] فإن فعل ذلك كان متعسفا وقد أجملت محكمة النقض القيود الواردة على مأمور الضبط حال دخوله المكان العام فى الآتى[٤].

أ - قيد مكانى :

لا يجوز لمأمور الضبط القضائى الدخول فى أجزاء المكان التى لا يصرح لجمهور الناس بالدخول فيها ، فإذا اتخذ صاحب المحل العام لنفسه غرفة نوم ، كانت هذه الغرفة فى حكم مسكن [٥].

ب - قيد زمانى :

لا يجوز لمأمور الضبط القضائى الدخول فى المحل العام فى غير الأوقات التى يجوز لجمهور الناس الدخول فيها أو التى يباشر فيها تلك المحال نشاطها عادة

---

(2) Cass. Crim., 18 Févr. 1910 : S., 1911, 1, 233- 31 Janv. 1914 : D., 1918, 1, 76. 14 Juill.
1957 : D. 1958, 563, note, le pavec.

(٣) نقض ١٩٣٧/١٢/٢٠ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٤ ، رقم ١٣٤ ، ص١٢٩.

(٤) نقض ١٩٥٣/٧/٩ ، أحكام النقض ، س٤ ، رقم ٣٨٦ ، ص١١٥١.

(٥) نقض ١٩٧٧/٥/١٥ ، أحكام النقض ، س٢٨ ، رقم ١٢٥ ، ص٥٩١ ...... مشار إليه د / محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص٥٩٧.

(٦) د / فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٢٩٦ – د / محمود مصطفى ، الإثبات ، مرجع سابق ، ص٢٨.

. فإباحـــة دخول المحال العامة مقصور على أوقات مباشرة عملها دون غيرها [1] فــإذا أغلــق المحــل أبوابه بعد انصراف زواره أصبح مكانا خاصاً يتمتع بحرمة المسكن فى الأوقات التى يغلق بها فى وجه الجمهور ، ويأخذ حكم المسكن فلا يجوز لأى غريب الدخول فيه[2] .

جـ- قيد يتعلق بالغرض:

يتعــين على مأمور الضبط القضائى أن يلتزم بالغرض الذى من أجله خوله القانــون الدخــول فــى المكان أى بالقدر الذى يمكنه من التحقيق من تنفيذ القوانين واللوائح دون التعرض للأشياء ، والأماكن التى تخرج عن هذا المكان[3] فلا يجوز لمأمور الضبط القضائى التعرض لحرية الأشخاص الموجودين بالمحل لحظة دخوله فلــيس لـــه أن يقــوم بتفتيش أحدهم مادامت لا توجد حالة تلبس او إذن من السلطة القــضائية تبرر هذا الإجراء ولا يجوز لمأمور الضبط القضائى تفتيش هذه المحال استناداً إلى مجرد حقه فى الدخول ما لم يدرك جريمة فى حالة تلبس[4] .

الفرع الثالث

قواعد تنفيذ تفتيش المسكن

بين المشرع قواعد تنفيذ التفتيش فى المواد من ٥٠ ، ٥٣ ، ٥٥ ، ٦٠ أ. ج وهى تتعلق بما يلى :

٢٢٤ : من يجوز له إجراء التفتيش :

التفتــيش عمــل مــن أعمال التحقيق فلا تملكه بحسب الأصل إلا سلطات التحقيق فمن حق النيابة أن تتولى بنفسها تفتيش مسكن المتهم وشخصه وأمتعته[5].

(١) نقض ٩١/٧/٣١ ، أحكام النقض ، س٤٢ ، رقم ٢٩ ، ص٢١٣

(٢) نقض ١٩٨٦/٣/٢٧ ، أحكام النقض ، س٣٧ ، رقم ٨٩ ، ص٤٣٦.

(٣) نقض ١٩٧٧/٥/١٥ ، أحكام النقض ، س٢٨ ، رقم ١٢٥ ، ص٥٩١.

(4) Cass. Crim; 18 Fév 1910 – S – 911-1-233 note . Raux. Cass. Crim; 29 Mars 1917 –S- 1920 –1-189

(٥) نقض ١٩٥١/١٠/٨ ، أحكام النقض ، س٣ ، رقم ٧ ، ص١٣.

ويتقـيد عـضو النيابة فى تنفيذ التفتيش بذات القيود التى يلتزم بها مأمور الـضبط القضائى فله تفتيش المكان ومن قد يوجد به إذا قامت ضده قرائن على أنه يخفى معه شيئاً يفيد فى كشف الحقيقة (المادة ٤٩ أ. ج) [١].

كمـا له إذا ظهر عرضاً أثناء التفتيش وجود أشياء تعد حيازتها جريمة أو تفـيد فـى كشف الحقيقة فى جريمة أخرى أن يضبطها (المادة ٥٠ أ.ج) كما له وضـع الأخـتام على الأماكن التى بها آثار أو أشياء تفيد فى كشف الحقيقة وتعيين حراس عليها (المادتين ٥٣ أ. ج) .

غيـر أن النيابة العامة ليست مطالبة بإجراء التفتيش بنفسها فقد لا يتسع لها الوقت. لذلك جرى العمل فى الغالب على ندب مأمور الضبط لإجرائه[٢].

ويجب على مأمور الضبط القضائى فى حالة ندبه للتفتيش أن يقوم بإجرائه بنفـسه ولا يجـوز أن يـتم ذلك بواسطة مساعدى الضبطية القضائية ، إلا إذا كان التفتيش وضبط الأشياء يجرى تحت بصر وإشراف مأمور الضبط القضائى.

---

(١) وقد وضعت محكمة النقض عدة ضوابط فى حالة تفتيش من يوجد مع المتهم بناء على الإذن الصادر بالتفتيش وهذه الضوابط هى :

أ - انــه " إذا كان إذن النيابة فى التفتيش منصوصا فيه على ضبط المتهم وتفتيشه وتفتيش منزله ومحل عمله ومن يوجدون بهما أو معه ...... الخ وقام الضابط الذى كلف بتنفيذ ذلك فامسك المـتهم فى سيارة أتوبيس وفتشه وفتش من كان يجلس بجواره ، فوجد مع هذا مخدراً ، فلا يـصح القـول بـبطلان هذا التفتيش على أساس أن الإذن به لم يجز ضبط الغير إلا إذا كان وجـوده مـع المتهم بمنزله أو بمحل عمله لأن عبارة الإذن عامة تنصرف إلى أى مكان - نقض ١٩٤٨/١١/٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٧ ، رقم ٦٧٤ ، ص٦٣٨.

ب - لا يـشترط فـى تنفيذ الأذن الصادر بتفتيش المتهم ومن يوجد معه أن يكون هذا الأخير فى حالة تلبس قبل تنفيذ الإذن وحصول التفتيش.

نقض ١٩٥٢/٢/١٥ ، أحكام النقض ، س٣ ، رقم ١٦١ ، ص٤٢٦

جـــ- لا يشترط لصحة الأذن الصادر بتفتيش المتهم ومن يوجد معه ان يكون هذا الأخير مسمى باسمه فى الأذن.

- نقض ١٩٦٦/٦/٢٠ ، أحكام النقض ، س١٧ ، رقم ١٦١ ، ص٨٥٢.
- نقض ١٩٧١/٢/٥ ، س٢٢ ، رقم ١٦٨ ، ص٦٩١.

(٢) د / رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ط١٣ ، مرجع سابق ، ص٣٦٥. - د/ حامد عبد الحكيم محمود، رسالة سابقة ، ص٣٦٧.

ويعلـــل ذلـــك بخطـــورة التفتيش وهو الحرص على أن يجريه شخص تتوافر فيه ضمانات كافية[1] .

٢٢٥ـ كيفية التفتيش :

طـــريقة تنفـــيذ التفتيش متروكة لتقرير مأمور الضبط القضائى تحت رقابة ســلطة التحقــيق ومحكمـــة الموضوع[2] وله أن يستعين بأعوانه من رجال الضبط القضائى[3] وله أن يتخذ من وسائل التحوط ما يمكنه من تنفيذ التفتيش المأذون له به وأن يتخذ ما يراه كفيلا لتحقيق هذا الغرض وقد يتحقق ذلك عن طريق الدخول من نافذة المسكن[4] بل يكون له حق الدخول عن طريق سطح منزل مجاور[5] ولو كان بمقدوره الدخول من الباب وذلك إذا ما خشى هو أن طلب إلى ساكنيه أن يفتحوا له الباب أن يسهل لهم ذلك سبيل التخلص من المخدر المندوب للتفتيش عنه[6] .

ومتى دخل المأذون له بالتفتيش إلى المنزل فله أن يتخذ من الاحتياطات ما يمكـــنه من إنجاز مهمته ، فله أن يصدر أوامره إلى القوة المرافقة له بالتحفظ على أفراد أسرة المأذون بتفتيش مسكنه ريثما ينتهى من إجراءاته. وله أن يلجأ إلى الحيلة والخديعـــة لتنفيذ الإجراء الذى ندب له ، من ذلك أن يكلف أحد مرؤوسيه باستدراج

---

(١) وتطبـــيقا لهـــذا قـــضت محكمة النقض " إطلاق الشرطى السرى النار على إطارات السيارة لاســـتيقافها تنفيذاً لأمر رئيسه الضابط عندما شاهدها تحاول الفرار بعد أن أطلق هذا الأخير النار على إطاراتها أمر لا غبار عليه قانونا فإذا ما توقفت السيارة وانطلق منها الطاعن حاملا لفافـــة محاولاً إلقاءها فى الترعة المجاورة ، فإذا تعرض الشرطى المذكور له للحيلولة دون فراره والتخلص من الجريمة وإكراهه على الوقوف حتى لحق به الضابط للكشف عن حقيقته بعـــد أن وضـــع نفسه موضع الشبهات والريبة لا يكون باطلا ...... نقض ١٩٦٣/١٠/٢٨ ، أحكام النقض ، س١٤ ، رقم ١٢٧ ، ص٧٠٠.

(٢) نقـــض ١٩٧٥/٣/٢٤ ، أحكام النقض ، س٢٦ ، رقم ٦١ ، ص٢٦٥ – نقض ١٩٩٥/١/٣ ، س ٤٦ ، رقم ٦ ، ص ٧٤ – نقض ١٩٩٧/٧/٦ ، س ٤٧ ، رقم ١١٥ ، ص ٧٥٧ – نقض ١٩٩٨/٤/١٢ ، س ٤٩ ، رقم ٦٨ ، ص ٥١٨

(٣) نقـــض ١٩٩١/١١/٧ ، أحكـــام النقض ، س٤٢ ، رقم ١٦٢ ، ص١١٧٧ – نقض ١١/١٥/ ١٩٩٥ ، س ٤٦ ، رقم ١٨٠ ، ص ١١٩٧

(٤) نقض ١٩٣٨/٢/٢١ ، مجموعة القواعد القانونية ، جـ٤ ، رقم ١٦٥ ، ص١٥١.

(٥) نقض ١٩٦٤/١٠/١٩ ، أحكام النقض ، س١٥ ، رقم ١١٧ ، ص٥٩٧.

(٦) نقض ١٩٥٣/٥/١٨ ، أحكام النقض ، س٤ ، رقم ٣٠٣ ، ص٨٣٢.

المتهم إلى الخارج بحجة شراء المخدر منه توصلاً إلى ضبط المخدر [1] كما أن له أن يلجأ إلى التخفى وانتحال الصفات حتى يتمكن من الدخول إلى المسكن المراد تفتيشه[2].

٢٢٦ـ وقت إجراء التفتيش :

حظرت بعض القوانين إجراء التفتيش ليلاً حماية لحرمة المسكن ورعاية لساكنيه فى الوقت المخصص لراحتهم ونومهم[3] ولم يتضمن التشريع المصرى نصاً يحدد الوقت الذى يتم فيه التنفيذ بما مفاده منح السلطة القائمة على تنفيذ الإذن صلاحية تنفيذه فى الوقت الذى تراه ملائما سواء كان هذا الوقت نهاراً أو ليلاً لا فرق ومن ثم لرجل الضبطية المنتدب لتنفيذ إذن النيابة بالتفتيش تخير الوقت الذى يراه مناسباً ، مادام أن ذلك يتم فى خلال الفترة المحددة بالإذن[4] ولم تتضمن بعض التشريعات العربية نصا يحظر مباشرة التفتيش ليلا مثل قوانين الإجراءات الجنائية فى كل من الأردن ، الإمارات ، البحرين .

٢٢٧ـ موقف المشرع الفرنسى وبعض التشريعات العربية :ـ

ذهب الفقه الفرنسى إلى القول بأن لكل منزل حصانة وحرمة يحتج بها لكل مواطن وتزداد هذه الحصانة على المسكن ليلا ، بحيث أن قاضي التحقيق لا يستطيع شخصيا أن ينتهك حرمة المنزل ، بل ويعد مذنبا إذا اقتحم منزلاً ليلاً [5] .

---

(١) نقض ١٩٧٩/١٢/٢٠ ، أحكام النقض ، س ٣٠ ، رقم ٢٠٦ ، ص ٩٦٢ – نقض ١٩٨١/٦/١٠ ، س ٣٢ ، رقم ١٠٩ ، ص ٥١٧

(٢) د/ حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٦٠٤– د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، التحقيق الجنائى من الناحيتين ، مرجع سابق ، ص١٦٨.

(٣) د / محمود محمود مصطفى ، الإثبات فى المواد الجنائية ، ص٦٥ .

(٤) وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض " حق مأمور الضبط المنتدب لتنفيذ أذن النيابة بالتفتيش تخير الوقت المناسب لإجرائه بطريقة مستقرة وفى الوقت الذى يراه مناسبا "

نقض ١٩٨٨/١/١٤ ، أحكام النقض ، س٣٩ ، رقم ١٧ ، ص١٥٠– نقض ٩١/١١/٧ ، س٤٢ ، رقم ١٦٢ ، ص١١٧٧ – نقض ٩٣/٩/١٩ ، س٤٤ ، رقم ١١٤ ، ص٧٣٥ – نقض ٩٤/٢/١٥ ، س٤٥ ، رقم ٤٠ ، ص٢٦٧ – نقض ٩٧/٧/٦ ، س٤٨ ، رقم ١١٥ ، ص١١١.

(5) Ste fani, Le vasseur, et Bouloc , Op. Cit. No 414. P 375.

- Champon (P), Op. Cit. No 163, P. 113.

ويمنع إجراء التفتيش على المنزل أو دخوله ليلا اعتبارا من الساعة التاسعة مـــساءا وحتـــى الساعة السادسة صباحا[1] غير أن التحديد السابق يعنى عدم جواز البدء فى مباشرة التفتيش فى فترة الليل ولكن إذا بدأ التفتيش نهاراً واستمر إلى فترة المساء فإنه يكون مشروعا[2] .

استثنـــــاءات :

١. مــا نــصت عليه المادة ٧٦ من دستور ٢٢ فريمير حيث أجازت دخول محل مـــسكون لـــيلاً متى توافرت حالة ضرورة تتمثل فى استغاثة صادرة من داخل المنـــزل أو فـــى حالة فيضانات أو حريق أو الدخول لمنع شخص من ارتكاب جريمة ضد سلامته البدنية[3] .

٢. حالات الإرهاب حيث نصت المادة ١٠ من القانون رقم (٦٤٧ - ٩٦) الصادر بـــتاريخ ٢٢ يوليو لسنة ١٩٩٦ ، وطبقا لقرار المحكمة الدستورية الصادر فى ١٦ يوليو لسنة ١٩٩٦ - إنه يمكن عمل إجراء التفتيش أثناء الليل بناء على أذن من رئيس المحكمة[4].

٣. مـــا نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٦٢٧ من قانون الصحة العامة المعدل بقانون ٣١ ديسمبر لسنة ١٩٧٠ م والتى تخص أماكن تصنيع أو تخزين المواد المخـــدرة حـــيث يجوز التفتيش ليلا شريطة ألا يكون المكان مسكونا وألا تعين

---

(١) وتطبـــيقا لهذا قضت محكمة مدينة – Saint- Dié بعدم جواز دخول رجل الشرطة التنفيذية والذى ينتمى إلى إدارة الشرطة مسكنا بعد الساعة العاشرة مساء ولو كان ذلك بناء على امر من الشرطة العامة.

Trib corr. Saint – Dié, 27 Févr. 1986.

JCP, 1986. II, 206 90, et notre note.

(2) Merle et vitu, Op. Cit. No 894, P 855

(3) Montreuil; Et. Citée., No. 192. P. 33.

(4) V. Le Gunehc, Actualités. Jcp, 1996, no 46.

ومـــن الحالات المستثناه فى إجراءات التفتيش والتى يمكن إجراءه فى اى وقت ليلاً ونهاراً حالات أمن الدولة.

L. 15 Janv. 1963. Art. 17 .

وأيضا الحالات المتعلقة بجرائم التزييف والتزوير.

L. 11 Mars. 1957, art. 66.

الحـصول على إذن بذلك من السلطة القضائية المختصة وكذلك ما نصت عليه المـادة ٧٧ مـن هـذا القانون لمفتش الصحة دخول المستشفيات للتفتيش على شئونها(١) .

ومن الجلى أن تحديد وقت التفتيش يشكل مظهراً من مظاهر إنسانية الإجراء الجنائـي والتقلـيل من درء فعل الإجراء على الخاضع له بل والمحيطين به وذلك باسـتبعاد أو حظـر التفتيش ليلا وقصره كقاعدة تقبل " الاستثناء " وهو فى تقديرنا يـشكل درجـة كبيـرة من رقى الفكر التشريعى والذى يقلل إلى أقصى درجة من الإنـتهاك المشروع لحرية وطمأنينة وسكينة الخاضع للإجراء وفى الوقت نفسه فإن مـثل هـذا الـتحديد أو هذا القيد يعد عنصراً من عناصر تحقيق الموازنة بين حق المجتمع وحقوق الأفراد(٢) .

وكثير من التشريعات الجنائية الإجرائية للدول العربية تقصر تنفيذ التفتيش على أوقات النهار أى فى أى جزء من النهار ومن بين هذه التشريعات المادة (٩٥) أ. ج تونسى ، والمادة ٤٧ أ. ج جزائرى ، والمادة ٦٤ مغربى ، والمادة ٥٩ قطر ، والمـادة ٨٥ الكـويت والاسـتثناء لـيلا وذلـك فى حالات الظروف التى تتطلب الاستعجال أو لطبيعة الجريمة ذاتها ومرتكبها .

٢٢٨ـ الحضور الضرورى لبعض الأشخاص :

يقـصد بـه تواجد شخص أو اكثر عند القيام بإجراءات التفتيش وذلك منذ لحظـة الـبدء فـيه وحتى لحظة تمامه خلاف القائم أو القائمين على التنفيذ وتكمن الحكمة فى ضمان سلامة الإجراء من التعسف أو الغش بحيث تضيق فرص الطعن بالبطلان فى صحة الإجراء (٣) .

---

(1) Champon , Op, cit, No 163. P. 113
- Merle et vitu, Op. Cit, No 894. P. 855.

(٢) د/ سـامى الحسينى ، مرجع سابق ، ص٢٩٣ – د/ حسام الدين محمد ، مرجع سابق ، ص ٢٩١.

(٣)Carraud (R), T rait theorique et d'ins truction criminelle et de procedure pénale , . I, In0 3 0 6 P. 582

وأول من يتعين حضوره عند إجراء التفتيش هو المتهم وذلك إذا كان متواجداً وقت الـبدء في التنفيذ ذلك أنه لا يجوز الحيلولة دون حضوره حيث أن ذلك يمثل ضمانة مـن الـضمانات التي تدعم نزاهة التفتيش والاحتياط لتفادى التعسف إذ أن مأمور الضبط القضائي يتردد في التعسف إذا كان يجري التفتيش في حضور المتهم [1].

أما إذا كان المتهم المعني بتفتيش مسكنه غير متواجد وقت إجراء التنفيذ فبالنظر إلى مختلف التشريعات[2] نجد إنها - لا تسير على صياغة موحدة بمعنى إنها لا تشترط لـصحة إجراء التفتيش حضور المتهم وفي الوقت نفسه لا تمنع حضوره متى وجد وذلك على التفصيل الآتي :

أ- في ظل قانون الإجراءات المصري :-

الأصـل في هذا القانون حضور المتهم إذا وجد لإجراءات تفتيش مسكنه سواء كـان هـذا التفتـيش بمعرفة السلطة المختصة أصلا بالقيام أو الإذن به أو السلطة المنـتدبة مـن قـبلها ومن ثم فلا يجوز منعه من هذا الحضور إلا لضرورة ينبغي تبريرها من قبل القائم بإجراء تفتيش المسكن . الأمر الذي يعني من الوجهه العملية والقانونية جواز تفتيش مسكن المتهم دون حضوره أو في غيبته بل إن عدم حضور من يندبه لحضور إجراءات تفتيش مسكنه لا يعيب هذا الإجراء فهو بالتالي لا يعد - شرطا جوهريا لصحة تفتيش المسكن[3].

---

(١) د/ محمد نجيب حسني ، مرجع سابق ص ٦٠٩

(٢) يلاحـظ أن بعض التشريعات قد ساوت بين تفتيش الأماكن وتفتيش الأشخاص استناداً إلى أن حـصانة المسكن مستمدة من حصانة الشخص فليس من المنطق في شئ أن يقال بحماية أحد عناصر الحرية الشخصية دون الحرية في مجموعها لذلك درج كثير من القوانين على التسوية في الحماية بين الشخص ومسكنة وليست هذه التسوية جديدة في القانون المقارن . فقد قررها القانـون الألمانـي فـي المادة ١٠٢ والقانون الايطالي في المادة ٣٣٢ ... د/محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٣٨

(٣) نقض ١٩٨٠/٦/٨م أحكام النقض ، س ٣١ ، رقم ١٤٠ ، ص ٧٢٣ .

وبالنظر إلى أن مأمور الضبط القضائى لم تعد له صلاحية تفتيش المساكن إلا بموجب إذن قضائى[1] وأصبح لزاماً عليه التقيد بنص المادة ٩٢ فقرة أولى إجراءات المتعلقة بسلطة قاضى التحقيق فى مباشرة التفتيش ، ونص المادة ١٩٩ أ.ج التى أحالت إلى سلطات قاضى التحقيق عند بيانها اختصاصات النيابة فى التحقيق [2] .

فالمادة ٩٢ تجيز إجراء التفتيش بحضور المتهم أو من ينيبه عنه وقد يقال إن حق الحضور المخول لهؤلاء يتطلب ضرورة إعلانهم قبل إحداثه بيد أن ذلك يفقد التفتيش ميزته وهو القائم على المباغتة والمفاجأة وإعلان المتهم يعطيه الفرصة فى تهريب الأشياء المراد ضبطها ومن أجل هذا كان كافيا لشرعية الإجراء أن يتم إخطار المتهم بالحضور عند بدء التفتيش[3] ولا يكون لزاماً عليه[4] .

ب- في ظل قانون الإجراءات الفرنسي:-

سواء تم تفتيش المسكن في مرحلة التحقيق الأولى والذي يجرى بمعرفة مأمور الضبط القضائي أو في مرحلة التحقيق الابتدائي بمعرفة قاضى التحقيق فقد استقرت قواعد الحضور إعمالاً لنص المادة ٩٥ أ.ج فرنسي على أن تجرى عملية التفتيش بحضور الشخص صاحب المنزل الذي يجرى فيه التفتيش [5] وفى حالة عدم إمكانية حضور صاحب السكن أثناء التفتيش يلزم أن ينيب عنه وبإختيار منه ، من يحضر التفتيش ، وإن لم يوجد يلزم وجود شاهدين بناء على طلب قاضى التحقيق بشرط ألا يكون من بين الموجودين تحت سلطته .

وفى حالة الجرائم المالية الاقتصادية يمكن أن يقع التفتيش بحضور شاهد واحد فقط [6] .

---

(١) وذلك بعد القضاء بعدم دستورية المادة ٤٧ من قانون الإجراءات .
(٢) د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٣٠١ – د/ محمد ذكى ابو عامر ، مرجع سابق ، ص ٢٩٠
(٣) د/ جلال ثروت ، مرجع سابق ، ص ٤٧٥
(٤) د/ مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات معلقا عليه ، المرجع السابق ، ص ٣٥٤
(5) cass . crim 27 sept 1984 : B.C., n0 275 ; J C P . 1484 . TV , 327 – 24 Juin 1987 : B. C., n0 267- 28 fév . 1989 : B . C., n0 96
(6) cass . crim . 31 Janv . 1973 : B. C., n0 56
وخول تفتيش أماكن ومقر الشركات ومراكز إدارتها
cass . crim ., 30 mai 1996 : B. C., n0 226

أما فى حالة غياب صاحب المسكن أو إصابته بحيث لا يمكن حضوره فإن التفتيش يجرى فى غيابه مع حضور شاهدين [1].

وهكذا فإن حضور شاهدين لإجراء تنفيذ التفتيش هو أمر وجوبي سواء كان القـائم علــى التنفيذ قاضى التحقيق أو مأمور الضبط القضائى لا فرق وهو بمثابة إجراء جوهري يترتب على مخالفة البطلان [2].

ج- فى بعض التشريعات العربية :-

نصت المادة ٣٦ أصول اردنى [3] على قاعدة حضور التفتيش فى الأحوال التــى يجــوز فــيها لمأمور الضبط القضائى ممن حددتهم المادة ٤٤ أصول اردنى (ضــباط الشرطة ورؤساء مخافر الشرطة والدرك) الدخول والتفتيش دون إذن به وهى أحوال التلبس وتطلبت حضور المشتكى عليه هو موقوفا كان أو غير موقوف ، أو وكــيله أو مختار محلته إذا رفض الحضور أو تعذر ذلك ، أو اثنين من أفراد عائلته وبديلا لذلك فبحضور شاهدين يستدعيهما القائم بالتفتيش [4] .

المــشرع الليبى اشترط حضور شاهدين مع المتهم إذا كان التفتيش يتم استنادا لحالة التلــبس (المــادة ٤٠ أ.ج ليبى) ، ولا يشترط حضورهم إذا كان التفتيش يتم بناء على انتداب من سلطة التحقيق [5].

---

(1) cass . crim ., 23 f évr . 1998 B .C ., n0 91

(٢) Art 59 - 3, mad par loi - 93 –10 - 13 - 2 , oût . 1993

(٣) المادة ٣٦ أصول آردنى

١-تجــرى معاملات التفتيش المبينة فى المواد السابقة بحضور المشتكى عليه موقوفا كان أو غير موقوف

٢-فــإن رفــض الحضور أو تعذر ، حضوره جرت المعاملة أمام وكيلة أو مختار محلته أو أمام أثنين من أفراد عائلته وإلا فبحضور شاهدين يستدعيهما المدعى عليه .

٣-تحرص الأشياء المضبوطة على المشتكى عليه أو على من ينوب عنه للمصادقة والتوقيع عليها وإن امتنع صرح بذلك فى المحضر .

(٤) د/ محمد عودة ذياب ، مرجع سابق ، ص٣٨٧ – أ/ جمال مدغمش ، مرجع سابق ،ص٤٢.

(٥) ويلاحظ أن التشريع الليبى جعل من حضور الشاهدين مع المتهم أمر لازم لصحة التفتيش فلا يغنـــى حضور المتهم عن حضورهما وذلك على خلاف ما هو سائد في فرنسا وما كان سائدا فى مصر .... د/ ابراهيم حامد طنطاوى، رسالة سابق ، ص٨٥٩

أما المشرع فى دولة الإمارات العربية فتطلب حضور المتهم حال إجراء التفتيش أو مــن ينيبــه كلمــا أمكن ذلك وإلا تم بحضور شاهدين ويكون هذان الشاهدان بقدر الإمكان من أقاربه الراشدين أو من القاطنين معه بالمنزل أو جيرانه ويثبت ذلك في المحضر (المادة ٥٩ إمارات) [١].

بيــنما المشرع السعودي نص في المادة السادسة والأربعين من قانون الإجراءات الجــزائية علــى أن "يتم تفتيش المسكن بحضور صاحبه أو من ينيبه أو أحد أفراد أسرته البالغين المقيمين معه وإذا تعذر حضور أحد هؤلاء وجب أن يكون التفتيش بحضور عمدة الحي أو من في حكمه أو شاهدين ......" .

ويتبــين مــن نــص هذه المادة أنه على رجل الضبط الجنائي أثناء تفتيش المــساكن أن يكــون التفتيش في حضور صاحب المسكن أو من ينوب عنه أو أحد أفــراد أســرته البالغين والمقيمين معه ولكن إجازت المادة سالفة الذكر أنه في حالة تعذر وجود صاحب المسكن أو من ينوب عنه أو أحد أفراد أسرته أن يكون التفتيش في حضور عمدة الحي أو من في حكمه أو شاهدين [٢].

٢٢٩ـ موقف الشريعة الإسلامية :ـ

حرصــت الــشريعة الإســلامية على حق الإنسان في الخصوصية وحماية حرمته وبشكل خاص مسكنه ووضعت الإطار العام لما فصلته بعد ذلك التشريعات الوضــعية ، ومن ثم فقد كان لها السبق ، وفى الوقت نفسه لم تغفل حق الدولة فى ملاحقــة مرتكبــى الجرائم دون أن تقف تلك الحماية عائقا يحول دون فاعلية هذه الملاحقة وهو ما نستعرضه فى كل من القرآن والسنة النبوية وما روى عن الخلفاء الأوائل رضى الله عنهم .

١- القرآن الكريم

قال تعالى في كتابه الكريم

(يــا أيهــا الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلهــا ذلكــم خير لكم لعلكم تذكرون [٣] فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم والله بما تعملون عليم) [٤].

صدق الله العظيم

(١) د/ مدحت رمضان ، مرجع سابق ، ص١٦٥
(٢) د/ عصام عفيفى عبد البصير ، مرجع سابق ، ص١٢٠
(٣) سورة النور الآية (٢٧)
(٤) سورة النور الآية (٢٨)

ويستخلص من هذه آداب شرعية أدب الله بها عباده المؤمنين وذلك في الاستئذان أمرهم أن لا يدخلوا بيوتاً غير بيوتهم حتى يستأنسوا أى يستأذنوا قبل الدخول ويسلموا بعده ، وقال الأمام أحمد حدثنا عبد الرازق أخبرنا عمر عن ثابت عن أنس أو غيره أن النبى - صلى الله عليه وسلم - استأذن على سعد بن عبادة فقال " السلام عليك ورحمة الله " فقال سعد وعليكم السلام ورحمة الله ولم يسمع النبى صلى الله عليه وسلم حتى سلم ثلاثاً ورد عليه سعد ثلاثاً ولم يسمعه فرجع النبى صلى الله عليه وسلم فاتبعه سعد فقال : يا رسول الله بأبى أنت وأمى ما سلمت تسليمه إلا وهو بأذنى ولقد رددت عليك ولم أسمعك و أردت أن استكثر من سلامك ومن البركة ثم أدخله البيت فقرب إليه زبيبا فأكل نبى الله فلما فرغ قال " أكل طعامكم الأبرار ، وصلت عليكم الملائكة وافطر عندكم الصائمون. " وقال سعد بن جبير فى الآية أى لا تقفوا على أبواب الناس وقوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة) الآية الكريمة أخص من التي قبلها وذلك إنها تقتضى جواز الدخول إلى البيوت التي ليس فيها أحد إذا كان له متاع فيها بغير إذن [١].

٢- الحديث الشريف :-

أ – عن معاوية رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إنك إن اتبعت عورات المسلمين أفسدتهم أو كدت أن تفسدهم " حديث صحيح " [٢].

ب- وعن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : لو أن رجلا اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاه ففقأت عينيه ما كان عليك جناح" – متفق عليه [٣].

---

(١) ابن كثير القرشى ، تفسير القرآن العظيم ، جـ٣ ، مرجع سابق ، ص٢٦٩
(٢) محى الدين أبى ذكريا ، رياض الصالحين ، مرجع سابق ، ص٤٥١
(٣) وقد استدل بأحاديث الباب من قال : إن من قصد النظر إلى مكان لا يجوز له الدخول إليه بغير إذن جاز للمنظور إلى مكانه ان يفقا عينة ولا قصاص عليه ولا ديه للتصريح بذلك فى الحديث .... وخالفت المالكية هذه الأحاديث فقالت : إذا فعل صاحب المكان بمن اطلع عليه ما أذن به النبى صلى الله عليه وسلم يجب عليه القصاص او الديه وساعدهم على ذالك جماعة من العلماء وغاية ما عولوا عليه قولهم إن المعاصى لا تدفع بمثلها ...... الشوكانى ، نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار ، مرجع سابق ص١٩٦ – سيد سابق ، فقه السنه ، جـ٣ ص٣٢٢

ج- ما رواه البخاري ومسلم من حديث ابى سعد الخدرى : كنت في مجلس من مجالس الأنصار ، إذ جاء أبو موسى كأنه مذعور ، فقال " استأذنت على عمــر ثلاثاً فلم يؤذن لى فرجعت وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع " [1]

وقصارى القول أن المشرع الاسلامى أسبغ الحماية على المسكن الذي يشغله ساكنوه سواء وجدوا أم لا حيث ساوى الكتاب الكريم بين المسكن المشغول بساكنيه والمسكن الشاغر فى وجوب الاستئذان قبل الدخول وذلك من قبل مالك المسكن أو حائزه من لــه صــفه فى إعطاء الإذن ، توقيرا لسند خصوصيات ابن آدم التى حجب على الخلــق أن يطلعوا على ما فيها من خارج أو يلجوها من غير إذن أربابها أو ذويهم بمــا يــرجع إلـــى الستر عليهم لئلا يطلع أحد منهم على عورة [2] ومع ذلك قواعد الــشريعة الإسلامية لا تصادر على تتبع مرتكبي الجرائم وملاحقتهم ومن ثم جواز انــتهاك حــرمة المــسكن خلافــا لما تقدم من حظر كما في حاله التلبس من غير تجــسس [3] لــذلك قد جعل الله تعالى البيوت سكنا يلجأ إليها الناس فتسكن أرواحهم وتطمــئن نفوسهم ويأمنون على عوراتهم وحرماتهم ويلقون أعباء الحذر والحرص وهى لا تكون كذلك إلا إذا كانت حرماً آمنا لا يستبيحه أحد إلا بعلم أهله وإذنهم وفى الوقت الذي يريدونه [4].

الأصل من أغلق بابه وتستر بحيطانه فلا يجوز للغير الدخول علية بغير إذن ولكن قد يحدث أحيانا رغم الإستتار بالمنكر أن يعلم ولى الأمر بوقوع المنكر بالدار

---

(١) ابن كثير ، تفسير القران العظيم ، جـ٣ ، مرجع سابق ، ص٢٧٠

(٢) الغذالــى ، احياء علوم الدين ، جــ ٥ ، مرجع سابق ، ص٣٦ – ومشار اليه د/ حسام الدين محمد محمد ، مرجع سابق ، ص١٨

(٣) عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه أتى برجل فقيل له : هذا فلان تقطر لحيته خمرا ، فقال : إنـــا قــد نهينا عن التجسس ، ولكن ان يظهر لنا شئ نأخذ به " – يتبين من هذا أن التجسس المنهــى عنه شرعاً يتحقق باقتراب الغير من لحية الرجل المذكور اقترابا يمكنه من أن يرى بعيــنه قطرات الخمر ويشم بأنفه رائحتها فكان الغير بهذا قد سعى إلى طلب الامارة المعرفة بالمنكــر ، فكان دليله على الكشف عن المنكر دليلا غير مشروع ...... رياض الصالحين ، مرجع سابق ، ص٤٥١ – د/ عبد الفتاح مصطفى الصيفى ، التلبس بالجريمة ، مرجع سابق، ص٨

(٤) د/ حامد عبد الحكيم محمود ، مرجع سابق ، ص٤٠

ســواء بالإخبار بمن يثق بصدقه أو بإدراك المنكر بأى حاسة من الحواس ففى هذه الصور أن نفرق بين صورتين :-

الأولى:- إذا كان المنكر الذي استتر قوم بارتكابه ينطوى على انتهاك حرمة يفوت اســتدراكها ، جاز للمحتسب أن يتجسس ويقدم على ضبط الجرم - حذراً من فوات مالا يستدرك من انتهاك المحارم وارتكاب المحظورات .

الثانية :- إذا تعلق الأمر بإنتهاك حرمة لا يفوت استدراكها ففي هذه الحالة لا يجوز التجسس (١).

المبحث الثالث
الاســتجـواب

٢٣٠- تمهيد وتقسيم :-

يعد الإستجواب من أهم إجراءات الدعوى الجنائية فهو الذي يربط بين جميع وقائعهــا ويــبحث في مدى جديتها لتحقيق هدفها الأول في الوصول إلى الحقيقة ، وتوقيع العقاب على المذنب

والاستجواب هو وسيلة للتحقيق والمعرفة ، كما أنه وسيلة للدفاع في آن واحد . وسيلة للتحقيق لأنه يتوصل إلى كشف الحقائق من خلال استجواب المتهم وما يدلى به من أقوال ، ووسيلة للدفاع لأنه يتيح للجاني دعم مبررات ارتكابه الجرم (٢).

ويحتل الاستجواب مكاناً مرموقا في التحقيق الابتدائي لاعتباره من إجراءات الاتهام ذات الأثــر الفعال حيث أنه يؤدى إلى الدليل الأكثر تأكيدا وثقة في الدعوى الجنائية هو الإعتراف الذي ينظر إليه على أنه الإثبات الوحيد الباعث لراحة ضمير القاضي إذ يجعلــه يحكــم وهو مطمئن لإنحيازة إلى جانب العدالة بعد أن زال عنه كل أثر للشك (٣).

---

(١) د/ عـبد الفـتاح مصطفى الصبعى ، التلبس بالجريمة ، مرجع سابق ، ص٢٥ د/ احمد ابو القاسم احمد ، مرجع سابق، ص٢٣٦

(2) Sur ce dauble caractére , CF.F. Helie , Tr. Instr. Crim., IV, n0 1919, VI, n0 2905, et VII , n0 3542 .

(٣) د/ محمد سامى النبراوى ، استجواب المتهم ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق " جامعة القاهرة ١٩٦٨" ، بدون جهة نشر ، ص١٥

د/ حسن صادق المرصفاوى ، الجوانب العملية فى التحقيق الجنائى، المجلة الجنائية القومية ، س ١١ ١٩٦٨ ، ع٣، ص٤٨٢.

وقـــد أهتم الاتجاه العالمي من وقت بعيد بإجراء الاستجواب فأحاطه بعناية خاصة تهدف إلى توفير أقصى حد ممكن من الضمانات له ، نظراً للنتائج الخطيرة المتــرتبة علـــيه ، وكرد فعل لما كان عالقاً فى الأذهان بشأنه من أنه يكون وسيلة إكـــراه تـــتخذ ضـــد المتهم بقصد استخلاص الحقيقة التي يحرص على كتمانها أو إحـــراجه واستدراجه إلى ذكر أقوال ليست في صالحه إذا تعذر الحصول منه على اعتراف بالجريمة المسندة إليه (١).

لذا ستكون دراستنا لهذا المبحث في المطالب الآتية:

المطلب الأول :- تعريف الاستجواب وطبيعة

المطلب الثانى :- ضمانات سلامه الاستجواب

المطلب الثالث :- الاعتراف كأثر للاستجواب

المطلب الرابع :- شروط صحة الاعتراف

المطلب الخامس :- أثر الإكراه على الدليل المتحصل

---

(١) نادت المبادئ العالمية بضمانات المتهم فى مرحلة التحقيق وذلك في الإعلان العالمي لحقوق الإنـــسان والاتفاقـــية الأوروبـــية كما وافقت الجمعية العامة للأمم المتحدة على إعلان حقوق الإنسان في (ديسمبر ١٩٤٨ وتضمن عده ضمانات للمتهم منها

- لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة (م٥)
- لا يجوز القبض على إنسان أو حبسة أو نفيه دون وجه حق (م٩)
- كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلى أن تثبت إدانته (م١١)

د/ محمود نجيب حسنى ، القبض على الأشخاص ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص٤

د/ عـــبد الحمـــيد الـــشواربى ، ضـــمانات المـــتهم فى مرحلة التحقيق الجنائي ، منشأه المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩٣ ، ص١٠

وهو ما حرصت على التأكيد علية الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان سنة ١٩٥٠ (م٣) والمادة الخامـــسة من الميثاق الأفريقى لحقوق الإنسان والشعوب سنة ١٩٨١ ، وذلك ترسيخا لمؤدى المـــادة السابعة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٩٦م التى نصت صـــراحة " لا يجـــوز اخـــضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة او العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة "

هذا وقد انتهت اللجنة الدولية الجنائية التى اجتمعت في برن سنة ١٩٣٩م إلى أن الاعتراف بحـــزبانه مـــصدراً للحقيقة . لا يكون جديراً بالثقة وبالتالي لا يكون دليلا فى الإثبات إلا إذا صـــدر عن إرادة حرة وبعد ترو ، وأنه لا يجوز اللجوء إلى وسائل العنف أو التهديد للتأثير علـــى المـــتهم لحمله على الإعتراف .... د/ قدرى عبد الفتاح الشهاوى ، جرائم السلطة الشرطية ، دار النهضة المصرية ، ١٩٧٧ ، ص٢٤.

المطلب الأول
تعريف الاستجواب وطبيعته

٢٣١- تمهيد وتقسيم :-

إن مجــرد اتهــام شــخص بارتكاب جريمة ما لا يعنى المبادرة إلي إلقاء المــسئولية الجنائــية وتوقــيع العقوبة المقررة عليه . وإنما يقتضى تحقيق العدالة الجنائية البحث عن الحقيقة بشأن الجريمة ومرتكبيها .

والوصول إلى الحقيقة ليس بالأمر السهل دائما بل يتطلب ذلك السعى وراء الأدلـــة والـــدلائل المختلفة فى سبيل تحقيق هذا الهدف . ومن بين أساليب الحصول علـــى أدلة الجريمة الاستجواب والمواجهة ويقال أن المتهم يحمل بين طياته حقيقة دفينة تجعل من الضروري الكشف عنها والوصول إليها لضمان صدور حكم قانوني صحيح وعادل.

ويعتبـــر الاستجواب من أهم الوسائل التي يمنحها القانون لسلطة التحقيق في مناقشة المتهم والشهود.

وقـــد عنى القانون المصري ببيان القواعد المنظمة للاستجواب وخاصة في مرحلة التحقيق الابتدائي في المواد من ١٢٣ وحتى ١٢٥ منه

وعليه يمكننا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث أفرع هي :-

الفرع الأول :- تعريف الاستجواب

الفرع الثاني :- طبيعة الاستجواب

الفرع الأول
تعريف الاستجواب

٢٣٢- معناه لغة واصطلاحا :-

الاســتجواب لغـــة هو طلب الجواب عن أمر [١] واصطلاحاً مناقشة المتهم تفصيلياً في التهمة المنسوبة إليه ومواجهته بالأدلة القائمة ضده ومناقشته في إجاباته

---

(١) ابن منظور ، مرجع سابق ، ص١ ، ص٧١٦ .

لاستظهار الحقيقة إما بإنكار التهمة ودحض هذه الأدلة أو الإعتراف بالجريمة المنسوبة إليه (١).

ويعرفه رأى آخر :

بأنه إجراء صادر من سلطة حددها القانون ، بمقتضاها يتثبت المحقق من شخصية المتهم ، ويواجهه بالتهمة المسندة إليه ويناقشه تفصيلا فيها ، كما يواجهه بالأدلة القائمة ضده مع كفالة حقوقه فى الدفاع عن نفسه (٢).

ويعرفه رأى ثالث :

بأنه توجيه الإتهام للمتهم عن طريق مجابهته ومناقشته تفصيليا في التهمة المسندة إليه وبالأدلة المختلفة ضده ليؤكدها أو ينفيها (٣) .

وفى فرنسا يعرفه الفقه بأنه عمل إجرائي أساسي من إجراءات التحقيقات الجنائية يمكن التوصل من خلاله إلى كشف الحقيقة بشكل ما (٤) .

٢٣٣ـ لدى القضاء المصرى :ـ

عرفته محكمه النقض بأنه " مجابهة المتهم بالأدلة المختلفة ومناقشته تفصيليا كى ما يفندها إن كان منكراً للتهمة أو يعترف بها إن شاء الإعتراف (٥).

---

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مربع سابقا ، ص ٦٩٤ – د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ،ص٣٣٦ – د/أسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق ص ٤٢٥

(٢) د/ حسنى الجندي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٦٩٩

(٣) د/ محمد سامي النبراوى ، رسالة سابقة ، ص١٥ – د/ محمد صبحى نجم ، مرجع سابق ، ص٢٣٩ – د/إبراهيم حامد طنطاوى ، الحبس الاحتياطي " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ص٦٨

(4)stefani , levasseur et Bouloc , op – cit; no 669 , p . 590

(٥) نقض ١٩٣١/١/٢٥ مجموعة القواعد القانونية ، جـ٢ ، رقم ١٦٨ ، ص٢٢٢ – نقض١١/ ١٩٧٢/١١ احكام النقض ، س ٢٣ ، رقم ٣٠٨ ، ص ١٣٦٧ – نقض ١٩٨٢/١٢/٢٢ ، س ٣٣ ، رقم ٢١٣ ، ص ١٠٣٨ – نقض ١٩٨٣/١/١٨ ، س٣٤، رقم ١٨ ، ص١٠٧ – نقض ٩٨/١٢/١ ، س٤٩ ، رقم ١٩٤ ، ص١٣٥٣

cass . crim ., 7 mai 1952 :Bull .crim . n0 114-19 juin 1958 - : Bull . crim., n0 482

ومن جانبنا نرى :-

أن التعـريفات السـابقة لا تخـرج فى النهاية عن إن الاستجواب هو إجراء من إجـراءات التحقـيق بمقتضاه يتثبت المحقق من شخصية المتهم ويناقشه فى التهمة المسندة إليه على وجه مفصل فى الأدلة القائمة فى الدعوى اثباتا ونفيا .

الفرع الثاني
طبيعة الإستجواب

٢٣٤- إجراء من إجراءات التحقيق :-

أورد المـشرع المـصري " الإستجواب والمواجهة " في الفصل السابع من الـباب الثالث المعنون " فى التحقيق بمعرفة قاضى التحقيق " مما يتبين معه أن هذا الإجـراء مـن إجراءات التحقيق الابتدائي ، يهدف إلى الوقوف على حقيقة التهمة المنـسوبة إلى المتهم ليقول كلمته فيها : إما تسليما بها والوصول إلى اعتراف منه يؤيدها ، وإما إلى دفاع منه يفندها إن كان منكراً لها [١].

وعلى هذا الأساس يكون الإستجواب والمواجهة من إجراءات التحقيق وهو ذو طبـيعة مزدوجة،الأولـي . كـونه من إجراءات التحقيق ، يأخذ طابع المناقشة التفصيلية حول الواقعة والأدلة المقدمة ضد المتهم فى الدعوى الجنائية ، وهو بذلك يستهدف التحقيق من أدلة الدعوى [٢].

---

(١) حـسنى الجـندى ، شـرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص٧٠٠- د/ جلال ثروت، مرجع سابق ، ص٤٤٠

(٢) وطبـيعة الاسـتجواب الأولى فى التحقيق الابتدائي هي الاستعانة به فى جمع الأدلة ، اذ قد يؤثر المتهم الاعتراف مختارا و قد تصدر منه أقوال تتخذ دليلا ضده . ويرى بعض الشراح أن الاستجواب حتى فى وضعية الحديث إجراء ممقوت ، لأنه ينطوى بذاته على رغبة تضيق الخناق على المتهم . وبالتالي على رغبة التأثير فيه على نحو أو أخر وقد يدفعه تعدد الأسئلة إلى استدراجه إلى أن يقول إن صدقا أو كذبا ما ليس فى صالحه أو إلى اعتراف غير مطابق للواقع .

إلا أن الغالبـية العظمي – وبحق – تسلم بفائدتة – بالأقل فى مرحلة التحقيق الابتدائى لجمع عناصر الاتهام وأخذ رأى المتهم ...... د/ رؤف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، ط١٦ ، مرجع سابق ، ص٤٦٢

د/ فوزية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص٣٣٧ – د/ عمر السعيد ، مرجع سابق ،ص٣٩٩ .

الثانية . وسيلة دفاع إذ عن طريقه يتاح للمتهم أن يناقش ويدحض الأدلة والشبهات القائمـــة ضـــده وقد يقتنع المحقق بدفاعه فيقرر أن لا وجه لإقامة الدعوى ضده فى حـــين أنه إذا لم يستجوب لظلت الأدلة والشبهات قائمة ضده وأحيل بناءً عليها إلى القضاء [1].

وهكـــذا لا يقتـــصر الهدف من الإستجواب على مجرد البحث عن أدلة ضد المـــتهم ، وإنمـــا يتضمن أيضا السعى وراء الحقيقة ، وييسر للمتهم فى ذات الوقت إبداء دفاعه . وتفنيد الأدلة المقدمة ضده .

المطلب الثاني
ضمانات سلامة الإستجواب

٢٣٥- تمهيد وتقسيم :

بيـــنا أن الاستجواب أخطر إجراء من إجراءات التحقيق يتعرض له المتهم لما قد يفضى إليه من إعتراف وهذا الإعتراف لا يهدم أصل البراءة التى هى الأصـــل فى الإنسان [2] لذلك أحاطه المشرع بضمانات كافية حتى يكون معبرا عن الحقـــيقة فـــضلا عن أنه وسيلة المتهم لتفنيد الأدلة المقامة ضده بنفسه وعليه يمكننا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة أفرع :-

الفرع الأول : صفة القائم بالاستجواب

الفرع الثاني : سلامة إرادة المتهم عند استجوابه

الفرع الثالث : دعوة محامى المتهم للحضور

---

(١) د/ محمـــود نجيب حسنى ،مرجع سابق ، ص٦٩٦ – د/ اسامة عبد الله قايد ، مرجع سابق ، ص٤٢٦

د/ مدحت رمضان ، مرجع سابق ، ص ٢٠٦

(٢) أما فى النظام الانجلو سكسونى فإن الاستجواب يتم فى المحكمة فقط ولا يجريه القاضى وإنما الخصوم هم الذين يقومون باستجواب المتهم ...... د / سامى النبراوى ، رسالة سابقة ، ص ٣٤ د / عبد الرؤف المهدى ، مرجع سابق ، ص٥٠٥

نقض ١٩٥٩/١٢/٢٢ ، أحكام النقض ، س١٠ ، رقم ٢١٥ ، ص ١٠٤١

الفرع الأول

صفة القائم بالإستجواب

٢٣٦ـ حظر الإستجواب بمعرفة مأمور الضبط القضائى :ـ

نظــرا لدقة الاستجواب وخطورته فيما ينجم عنه من وجود أدلة ضد المتهم يجب أن يقوم به جهة محايدة أو شخص أهل الثقة به ، لذلك أوصى أن يكون القائم به هو المحقق نفسه وقد جاء بنص الفقرة الأولى من المادة ١٢٣ إجراءات جنائية " عند حضور المتهم لأول مرة فى التحقيق يجب على المحقق أن يتثبت من شخصيته، ثم يحيطه علماً بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت أقواله فى المحضر .... " (١).

ونظرا لخطورة الاستجواب فإن أغلب التشريعات اتجهت إلى حظر مباشرة هــذا الأجراء بمعرفة مأمور الضبط القضائي وجعلت الاختصاص بإجرائه مقصور علــى سلطة التحقيق دون غيرها(٢) وقيل لتبرير هذا الحظر أن الشخص الذى تؤخذ أقواله بمعرفة البوليس لا تتوافر له الضمانات التى تتوافر عند مباشرة هذا الإجراء بمعرفة المحقق (٣).

---

(١) فهد إبراهيم السبهان ، رسالة سابقة ، ص ٥٩

(٢) ومــن التــشريعات العربية التى اتجهت إلى قصر الاستجواب على سلطة التحقيق أ: المشرع البحرينــى حــيث نــص فى المادة ١٣٣ إجراءات جنائية " يجب على عضو النيابة – عند حــضور المــتهم لأول فى التحقيق أن يدون جميع البيانات بشخصية ، ويحيطه علما بالتهمة المنسوبة إليه ، ويثبت فى المحضر ما قد يبديه فى شأنها من أقوال "

ب) المشرع الارنى – نص فى المادة ١٠٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية على ما يلي – -" يجب على موظف الضابطة العدلية أن يسمع فورا أقوال المشتكى عليه المقبوض عليه فإذا لم يقتنع بها يرسله خلال ثماني وأربعين ساعة المدعى العام المختص ويجب على المدعى العام أن يستجوبه في ظرف أربعة وعشرين ساعة ثم يأمر بتوقيفه أو بإطلاق سراحه "

ج) المــشرع الإماراتي نص فى المادة ٩٩ من قانون الإجراءات الجزائية " يجب علــى عــضو النيابة العامة عند حضور المتهم لأول مرة فى التحقيق أن يدون جمــيع البــيانات الخاصة بإثبات شخصيته ويحيطه علما بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت فى المحضر ما قد يبديه فى شأنها من أقوال .

د) المشرع السعودى نص فى المادة الأولى بعد المائة من قانون الإجراءات الجزائية " يجب على المحقــق عند حضور المتهم لأول مرة فى التحقيق أن يدون جميع بياناته الشخصية الخاصة ويحــيطه علما بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت فى المحضر ما قد يبديه المتهم بشأنها من أقوال وللمحقق أن يواجهة بغيره من المتهمين أو الشهود ...... "

(3)Vauim (R) et Feaute (J) , droit pénal et criminologie, presses de France, 1956 , P . 38 .

٢٣٧ـ فى القانون المصرى :ـ

اتجـه المـشرع المصري فى المادة ٧٠ فقرة أولى إلى حظر ندب مأمور الـضبط القـضائي لاستجواب المتهم وعلى الرغم من صراحة هذا النص فقد اتجه رأى إلى القول بجواز الندب للاستجواب .

وسـندهم فـى ذلـك أن المـشرع أجاز لمأمور الضبط القضائي مباشرة الإسـتجواب إذا ندب لمباشرة إجراء تحقيق ثم جد من الظروف ما يجعل استجواب المـتهم ضـروريا على وجه السرعة[1] وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض " ...أن المـادة ١٩٩ من قانون الإجراءات الجنائية وقد وردت فى الباب الرابع فى التحقيق بمعـرفة النيابة – قد نصت على أنه " فيما عدا الجرائم التى يختص قاضى التحقيق بتحقـيقها وفقا لنص المادة (٦٤) تباشر النيابة التحقيق فى مواد الجنح والجنايات طـبقا للأحكام المقررة لقاضى التحقيق مع مراعاة ما هو منصوص عليه فى المواد التالـية " . كما نصت المادة (٢٠٠) على أن " لكل من أعضاء النيابة العامة فى حالة إجراء التحقيق بنفسه أن يكلف أي مأمور من مأمورى الضبط القضائي ببعض الأعمـال التى من خصائصه " ولم ترد فى هذا الباب أية إشارة إلى المادة ٧٠ من قانـون الإجراءات ، فدل الشارع بذلك على أن المادة ٢٠٠ هى الأساس التى يرجع إليها وحدها فى تحديد نطاق الندب من جانب النيابة ومداه وقد جاء هذا النص خاليا من أي قيد وتقدير كل ما يتعلق بالندب متروك للجهة الآمرة به [2] وقضت فى حكم آخر بأن "ما جرى به نص المادة ٢٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية من أن " لكل مـن أعـضاء النيابة العامة فى حالة أجراء التحقيق بنفسه أن يكلف أي مأمور من مأموري الضبط القضائي ببعض الأعمال التى من خصائصه " وهو نص عام مطلق يـسرى علـى كافة إجراءات التحقيق ، وليس فى القانون ما يخصصه أو يقيده [3] ومـن جانبـنا نـرى تأييد ما ذهب إليه غالبية الفقه من حظر ندب مأمور الضبط القـضائي لاستجواب المتهم وذلك لصراحة نص المادة ٧٠ إجراءات التى حظرت الـندب للاسـتجواب ، وإذا كانـت المادة ٧١ فقرة ثانية قد أجازت لمأمور الضبط

---

(١) د/ قـدرى الشهاوى ، الموسوعة الشرطية القانونية ، عالم الكتب ، ١٩٧٧ ، ص ٥٩٨ – د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، الحبس الاحتياطي ، مرجع سابق ، ص ٧٢

(٢) نقض ١٩٦٠/٢/٨ ، أحكام النقض ، س١١ ، رقم ٣٠ ، ص ١٤٨

(٣) نقض ١٩٧٣/١/٢٥ ، أحكام النقض ، س٢٤ ،رقم ٢١٩ ، ص 1053

مباشرة الاستجواب فإن هذا استثناء على القاعدة الواردة بالمادة ٧٠ لا يجوز القياس عليه ولا التوسع فى تفسيره .

ومـن ناحية أخرى فليس صحيحا أن المادة ٢٠٠ إجراءات هى التى تحكم سلطة النيابة العامة فى الندب ذلك أن المادة ١٩٩ أوجبت على النيابة العامة مباشرة التحقيق فى مواد الجنح والجنايات طبقا للأحكام المقررة لقاضى التحقيق ولما كانت المادة ٧٠ فقرة أولى تطبق على قاضى التحقيق فإن تطبيقها يمتد إلى النيابة إعمالا للمـادة ١٩٩ كمـا إن الحكمة التى اقتضت حظر قيام قاضى التحقيق بندب مأمور الـضبط القـضائي لاسـتجواب المتهم تتوافر بالنسبة للنيابة (١) وهذه الحكمة هى خطـورة هذا الأجراء لما قد يترتب عليه من اعتراف مما يقتضى أن يعهد به إلى سلطة قضائية (٢).

٢٣٨ـ فى القانون الفرنسي :

الوضع فى فرنسا قبل صدور قانون ٨ ديسمبر ١٨٩٧ :-

لم يكن استجواب المتهم فى الحضور الأول معروفا حيث لم ترد أي إشارة إليه فى قوانين التحقيق الجنائى السابق . فكان المتهم يستجوب فى الموضوع مباشرة عند أول مقابلة له مع قاضى التحقيق دون أن يعترف له بالحقوق التى اشتمل عليها ذلـك الاسـتجواب حـيث أن الهـدف الوحيد الذى كان يسعى إليه الاستجواب هو

---

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٧٠١ – د/ فورية عبد الستار ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨– د / إبراهيم حامد طنطاوى ، رسالة سابق ، ص ٥٣٦ .

(٢) د/ عـبد الـرؤف المهدى ، مرجع سابق ، ص٥٠٦ ...... ويذهب إلى القول انه بالتأمل فى نـص المادة ١٩٩ إجراءات جنائية قد ورد به عبارة " مع مراعاة ما هو منصوص عليه فى المـواد التالية " مما يفهم منه ان تلك القاعدة تسرى بشرط ألا تتعارض مع ما هو منصوص علـيه فى المواد التالية . فان أورد المشرع فى هذه المواد ما يتعارض معها كان ما ورد فى هذه المواد الأخيرة أولى بالاتباع . وتطبيقا لذلك متى أورد المشرع فى المادة ٢٠٠ من قانون الإجـراءات وهى من المواد التالية للمادة ١٩٩ من قانون الإجراءات – أن حق النيابة العامة فـى نـدب مأمـور الضبط القضائي مطلق لم يرد عليه قيد خاص بالاستجواب أو غيره من الأعمـال التى من خصائصه ، فانه يمكن القول بأنه يمكن لمأمور الضبط القضائي أن يجرى الاستجواب إذا كان منتدبا لذلك من النيابة العامة دون قاضى التحقيق وهذا الأمر يقلل ولا شك من ضمانات المتهم ويطالب سيادته – وبحق– أن يتدخل المشرع لتعديل نص المادة ٢٠٠ بما يفيد عدم جواز الندب فى الاستجواب.

الحصول على اعتراف المتهم بصرف النظر على أي اعتبار أخر [1] .

وبصدور قانون الإجراءات الجنائية الحالى فإن المادة ١١٤ منه تنص على إستجواب الحضور الأول ، وهى تقنين جديد للمادة ٣ من قانون ٨ ديسمبر لسنة ١٨٩٧ م والمنصوص عليه الآن فى المادة ١١٦ من القانون الحالي ، وهى تنص على أنه عند الحضور الأول للمتهم يثبت قاضى التحقيق شخصيته ويعلمه صراحة بكل واقعة منسوبة إليه وينبه عليه بأن له الحرية فى ألا يذكر أي تصريحات مع إثبات ذلك فى محضر وإذا رغب المتهم فى أن يدلى بأقوال تؤخذ منه بمعرفة قاضى التحقيق فى الحال وذلك دون أن يفرض عليه أداء القسم أو الحلف باليمين خوفا من الحنث به [2] أما فيما يتعلق بضباط الشرطة القضائية فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال بأن يجرى استجوابا " طبقا للمادة ١٥٢ فقرة ١ من قانون الإجراءات الجنائية ولا يجوز لمأمور الضبط القضائي المندوب للتحقيق إذا توافرت شبهات قوية ضد شخص معين أن يسأله بوصفه شاهدا لأن هذه الشهادة تعتبر فى هذه الحالة استجوابا " [3].

وهذا الحظر المنصوص عليه فى المادة ١٠٥ لا يطبق فى مرحلة التحقيق الأولى [4] بمعنى أن توافر دلائل خطيرة ضد شخص تبرر اتهامه لا تحول دون استدعاء هذا الشخص وسماع أقواله كشاهد بعكس ما لو كان مأمور الضبط القضائي

---

(١) وطبقا لما جاء فى الفقه القضائي كان القاضي يصدر أحكامه بمقتضى قانون ٢٨ أكتوبر لسنة ١٩٥٥ حيث أن مبدأ الاستجواب الابتدائية عند حضور المتهم أو مثوله لأول مرة أمام قاضى التحقيق قد تقرر بمقتضى قانون ٨ ديسمبر لسنة ١٨٩٧ م – والذي كان غير مطبق فى عمل التحقيقات الأولية .

Cass . crim ., 11 aût 1899 : B . C ., n0 255 – 18 Janv . 1951 : B . C ., n0 22 .

وكان غير معمول به أيضا أمام غرفة الاتهام .

Cass . crim ., 17 Juill . 1899 : B . C ., n0 199 –21 avr . 1944 : DA , 1944, 88

(٢) بخلاف الحال فى القانون الإنجليزي حيث يستمع المتهم كشاهد بعد اداء اليمن ثم يخضع بعد ذلك للتحقيق

Merle et vitu , OP . cit .No 187 , P. 236

(3) Cass . crim ; 17 juin 1964 ; J.G.P. 1964 . 4. 110

(4) Cass . crim ; 27 Juill . 19 64; J.G.P. 1964 . 2 : 1391 ; mote le clére ; Rev . sc . crim 1965 ; 1490 Obs . J. Robert

يعمــل بــناء علــى إنابة قضائية إذ أن توافر هذه الدلائل الخطيرة تحول دون قيام المندوب بسماع أقوال هذا الشخص كشاهد .

الفرع الثاني
سلامة إرادة المتهم عند استجوابه

٢٣٩- أن تكون إرادة المتهم حرة :-

يتعــين لــصحة الإستجواب أن يباشر في ظروف تكفل سلامة إراده المتهم وحــريته ، أي أن يكون المتهم حرا في إبداء أقواله ودفاعه فيما يقرره المتهم أثناء إجــراء اســتجوابه وينبغي أن يكون تعبيراً عن إراده حرة ، فإذا بوشر الاستجواب بطريقة تؤثر على إراده أو حرية المتهم فتعدمها أو تعيبها كان الاستجواب باطلا ، ولا يمكــن الاستناد إلى ما جاء فيه . فعلة الاستجواب هي معرفة الحقيقة من وجهة نظر المتهم [١] وفي ضوء هذه العلة يتعين تقرير عدم مشروعية أية وسيلة من شأنها التأثيــر على إرادة المتهم. وعلى ذلك فإننا نستعرض بعضاً من الوسائل التي تعتبر مخالفــة لآدمــية الإنسان وكرامته والتي تستلزم تجنبها لما تمثله من انعدام لإراده المــتهم ، ومــن هــذه الوسائل عدم جواز تحليف المتهم اليمين القانونية ، العنف ، الإستجواب المطول ، إستخدام كلاب الأمن والحراسة .

٢٤٠- عدم جواز تحليف المتهم اليمين القانونية Le serment

يعتبــر مــن قبيل الإكراه المعنوي تحليف المتهم اليمين القانونية فلا يجوز للمحقــق عند استجواب المتهم أن يحلفه اليمين ولعل الحكمة من عدم تحليف المتهم هــو عدم دفعه على أن يدلي بأقوال مخالفة لالتزامه الديني المتمثل في حلف اليمين لاسيما أن للمتهم مصلحة في إنكار التهمة وعدم الاعتراف بها هذا بالإضافة إلى أن العدالة لا تجرم متهماً قد كذب في أقواله لأنها تعتبر نوعا من الدفاع المشروع ولكن

---

(١) د/ محمــود نجــيب حــسني ، مــرجع سابق ، ص ٢٠٥ – د/ مأمور محمد سلامة قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليها ، مــرجع ســابق ، ص ٣٩٣ – د/ حسني الجندي ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص٧١٣.

اليمـــين له حرمته وجلاله فى القلوب فلا يجوز حمل الناس على الاستخفاف به [١] وهذه الضمانة لا تستند إلى نص فى قانون الإجراءات الجنائية ولكن قررها القضاء واستقر عليها بل ورتب البطلان على مخالفتها بطلانا يتعلق بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها حتى لو تنازل عنه المتهم . هذا هو مذهب القضاء الفرنسي أيــضا [٢] وقد يحدث أحيانا أن يسأل شخص بصفته شاهدا فيحلف اليمين ثم يسأل بــصفته مــتهما فلا يحلف اليمين فهنا لا تبطل أقواله التى سمع فيها بوصفه شاهدا حــيث لا يــوجد ما يعيبها وفى إنجلترا يجيزون للمتهم أن يحلف اليمين كي يسمع كــشاهد إذا رأى مــصلحة لــه فى ذلك فإن ثبت أنه لا يقرر الحقيقة عوقب بعقوبة الشهادة الزور [٣] .

والأساس الذى يقوم عليه تحليف المتهم لليمين بالله هو تحريك الوازع الدينى والضمير الاخلاقي وذلك بأن يقسم بالله بأنه سوف يقول الحق وبهذا تتحول العلاقة من كونها بين متهم ومحقق إلى علاقة بين مخلوق وخالق ومن ثم فقد يتغلب الوازع الدينــي وتحت هذا الضغط المعنوي يقدم المتهم إلى الاعتراف خوفا من عذاب الله ومــن ثم إذا حلف المتهم اليمين بناء على طلب المحقق فإن هذا اليمين يعد من قبيل الإكراه المعنوي ومن ثم يترتب عليه بطلان الاستجواب ، وبطلان الأدلة المستمدة مــن هــذا الاستجواب وهو بطلان متعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز للمتهم أن يتنازل عنه [٤] .

---

(١) فهد إبراهيم السبهان ، رسالة سابقة ، ص ١٠٣

(٢) د / احمــد فتحــى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات ، ط ١٩٨٥ ، مرجع سابق ، ص ٣٢٤ - د / رمسيس بهنان مرجع سابق ، ص ٢٤٨ - راجع صــ ٣١٨ من الرسالة

(٣) د/ عــبد الـرؤف مهدى ، مرجع سابق ، ص ٥٠٨ - د / سامى النبراوى ، مرجع سابق ، ص ٣٩ .

(٤) تنص قوانين بعض الدول على تحريم توجيه اليمين للمتهم مثل المادة (١٢٦) فقرة أولى من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقى رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ ، وقانون فنزويلا فى المادة (١٩٣) إجراءات جنائية والمادة (٢٠) من دستور اورجواى ، والمادة (٢٤٢) من قانون الإجراءات الجنائية لشيلى والمادة (٢٤٢) من الإجراءات الهندى .... د/ سامي الملا ، مرجع سابق ، ص ١٠٣ - د / محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، صــ ٢٢٤.

وبالنسبة للشريعة الإسلامية فقد عرفت نظام القسامة [١] ويقصد بها الأيمان التـــى يقسم بها أولياء المقتول على استحقاق صاحبهم ، ويقال قتل فلان بالقسامة إذا ادعـــى أولـــياء القتيل على رجل أنه قتل صاحبهم بدليل غير البينة . وتمثل القسامة دليل إثبات فى العصور السابقة للإسلام ولقد أقرها الإسلام[٢] رعاية من رسول الله صلى الله عليه وسلم لمصلحة الأمة ومنعا للثأر وحقنا للدماء.

والقسم فى الشريعة الإسلامية مشروع بنصوص القرآن الكريم وبأحاديث رسوله – صـــلى الله علـــيه وســـلم – فـــيقول الله جل شأنه " فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شـــهادتهم" [٣] ويقول الله جل شأنه "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين * والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين * ويدرؤا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين * والخامسة إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين " وهذه السورة تبين مـــدى حجـــية مـــشروعية القسم وفيها فرج للأزواج وزيادة مخرج إذا قذف أحدهم زوجته وتعسر عليه إقامة البينة أن يلاعنها كما أمر الله عز وجل وهو أن يحضرها إلـــى الإمـــام فيدعي عليها بما رماها به فيحلفه الحاكم أربع شهادات بالله فى مقابلة أربعة شهداء إنه لمن الصادقين أي فيما رماها من الزنا والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين – فإذا قال ذلك بانت منه بنفس هذا اللعان عند الشافعية وطائفة كثيرة من العلماء وحرمت عليه أبداً [٤] .

وفـــى السنة النبوية الكثير من الأحاديث التى تؤكد مشروعية القسم ما روى عـــن أبي أمامة إياس بن ثعلبة الحارثى رضى الله عنه أن رسول الله عليه وسلم - قـــال مـــن اقتطع حق أمرئ مسلم بيمينه ، فقد أوجب الله له النار ، وحرم الله عليه الجـــنة ، فقال له رجل : وان كان شيئا يسيرا يا رسول الله ؟ قال : وان كان قضيبا

---

(١) والقـــسامة فى اللغة تستعمل بمعنى الوسامة وهو الحسن والجمال ، يقال فلان قسيم اى حسن جمـــيل وتـــستعمل لغـــة بمعنـــى القسم وهو اليمين ، وقيل القسم فى القسامة يقال اقسم بالله واستقسمة به وقاسم : حلف له ، تقاسموا وانما تحالفوا ...... لسان العرب لابن منظور ، حـــ ١٢ ،ص ٤٨١

(٢) المغنى ، لأبن قدامه ، مرجع سابق ، حـــ ٨ ، ص ٦٤ .

(٣) سورة المائدة الآية (١٠٧) سورة النور الآية (٦ ، ٧ ، ٨ ، ٩) .

(٤) تفسير القرآن العظيم ، لابن كثير ، حـــ ٣ ، صـــ ٢٥٧

مــن أراك " رواه مسلم [١] وقد روى الترمذى عن الاشعث بن قيس قال : كان بينى وبــين رجــل خــصومة فى بئر فاختصما إلى النبى - صلى الله عليه وسلم فقال : شاهداك أو يمينه قلت : إذن يحلف ولا يبالي فقال من حلف عليه يمين صبر ويقتطع بهــا مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان ، ونزلت الآية " إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا " [٢].

واختلف الفقهاء فى مشروعية الإثبات بالقسامة فى دعوى الدم على رأيين .

الأول - راى جمهور الفقهاء :-

وهــم يــرون أن القسامة من الأدلة الشرعية فى إثبات جرائم الدم ومن ثم يحكــم بها القاضى متى وجد مبرراً للأخذ بها واستندوا فى هذا أن رسول الله صلى الله علــيه وسلم قضى بالقسامة فى شأن محيصه بأن يقسم خمسون يمينا من أولياء القتــيل على رجل من المتهمين به فيندفع برمته إليه فأبوا فقال تبرئكم يهود بإيمان خمــسين فأبوا ، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم بمائة من عنده متفق عليه [٣] ويقول الحق سبحانه وتعالى " وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا " [٤] ولمــا كان الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم - فى تطبيق الحكم بالقسامة صحيحا ومتفق عليه .

الرأى الثانى :-

فيــرى أنصاره وهم بعض الفقهاء التابعين عدم مشروعية الإثبات بالقسامة ســواء في القصاص أو الدية وانتهوا إلى أن القاضي ليس له أن يحكم بالقسامة وقد اســتندوا فى هذا إلى أن تطبيق القسامة فى مجال الإثبات يخالف الأصل المقرر فى اليمين بمعنى أنه كيف يكون المرء أن يحلف على ما لم ير سواء كانت هذه الرؤية يقينيه وهو ما يتحقق بالعين أو سمعية .

(١) رياض الصالحين ، مرجع سابق ، صـــ ٤٨٤
(٢) جمع الفوائد ، مرجع سابق ، صـــ ٥٩٣
(٣) أعــلام الموقعــين ، مــرجع سابق ، جـــ ٤ ، ص ٣٦٦ ومشار إليه فى محمود هشام محمد رسالة سابقة ، صـــ ١٤٣
(٤) الحشر الآية رقم (٧)

ولما كان العلم يحمل اليمين وهو الشيء المحلوف عليه شرطاً لصحة اليمين فمن ثم يصبح الحلف قد ورد على غير محل [١].

- ويلاحـظ بمقارنة أدلة المؤيدين وأدلة المانعين تظهر سلامة أدلة المؤيدين حيث أن الرسـول صـلى الله عليه وسلم عندما أجاب بتطبيق القسامة فى مسائل الدم فإنـه أوجـب على الجميع المشاركة فى المسئولية الأمنية لإيقاظ الضمير ودفع الأذى ومنع الثأر .

٢٤١ـ العنف :

يقـصد بالعـنف – كـل قـوه مادية مباشرة خارجة عن المتهم لا قبل له بمقاومتها ، تستطيل إلي المساس بجسمه ويكون من شأنها أن تلحق به أذي ، فتعطل إرادته أو تسلبها نهائياً بحيث تشل لديه حرية الاختيار [٢] .

وقـد نـصت المـادة ١٢٦ من قانون العقوبات علي أن " كل موظف أو مستخدم عمومـي أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله علي الاعتراف يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد أو السجن من ثلاث سنوات إلي عشر وإذا مات المجنى عليه يحكم بالعقوبة المقدرة للقتل عمداً " – ونصت المادة ٢/٣٠٢ من قانون الإجراءات الجنائية علي أن" كل قول يثبت إنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإكراه أو الـتهديد به يهدر ولا يعول عليه كما صدر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٣٤٥٢ في ٩ ديسمبر سنه ١٩٧٥ بشأن حماية جميع الأشخاص ضد التعذيب وغيره من العقوبات أو المعاملات القاسية أو غير الإنسانية أو المهينة وحظرت المادة (٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنه ١٩٤٨ تعذيب المتهم [٣].

ويجمع الفقه في مصر علي أنه لا يجوز استخدام العنف أو الإكراه المادي مع المتهم

---

(١) محمود هشام ، رسالة سابقة ، ص ١٤٥

(٢) د/ سامي الملا، اعتراف المتهم/ مرجع سابق، صـ١٣٦ – د/ سامي النبراوي ، رسالة سابقة ، صـ٤١٦

(٣) وقـد جاء في المؤتمر الدولي لمقاومة التعذيب الذي انعقد بباريس سنه ١٩٧٤م إلي التوصيه بضرورة منع تقديم المعونات العسكرية للدول التي تمارس التعذيب وكان من بين الاقتراحات في هذا المؤتمر ضرورة العمل علي إنشاء محكمة دولية لجرائم التعذيب لمحاكمة من يباشرها أو يقـر ممارستها دعما لحق الإنسان في سلامته الجسدية – د/ قدري عبد الفتاح الشهاوي ، مرجع سابق/ صـ٢٣ – د/ حاتم بكار، مرجع سابق ، صـ٣٥٢ .

حـــال استجوابه مهما كان الدافع وراء هذا العنف أو التعذيب فأي درجة من العنف تبطل الاستجواب حتي ولو كان ما يدلي به المتهم مطابقا للحقيقة [(1)].

صور العنف أو الإكراه المادي: إن حصر صور العنف " الإكراه المادي " أمـــر صـــعب وذلك لتعدد أشكالها واختلاف وسائلها ومن ثم نجد أن صوراً كثيرة مـــستحدثة يقوم بها رجال منوط بهم ضبط الجرائم ومرتكبيها – تحت الدفع بمقولة الوصول إلي الحقيقة . فالقبض والضرب والإيذاء البدني يعد من أقصر الطرق التي من خلالها يتكلم المشتبه فيه ويبدأ في الإعتراف [(2)].

موقـــف القـــضاء : يؤيد القضاء في كل أحكامه موقف المشرع والفقه من ضـــرورة سلامة إرادة المتهم وحريته حال استجوابه وتطبيقاً لهذا حكم بأن الإكراه يكـــون متوافـــراً عـــند هجوم الكلب البوليسي علي المتهم وتمزيق ملابسه وإحداث إصابات به [(3)].

وفي حكم أخر " بأنه إذا كانت وقائع التعذيب قد حصلت فعلا ، تعين إطراح الأقوال التي جاءت على ألسنة الشهود والمستجوبين الذين خضعوا لهذا التعذيب بأي

---

(1) اخـــتلف الآراء حول تحديد مفهوم العنف الإجرامي وبيان الدوافع التي تجعل الشخص يقاوم مـــسلك العنف والتعدى ، فنري من حاول إقامة هذا المفهوم علي أنه تسخير استخدام للطاقة الماديـــة المـــتاحة لدي الإنسان بغية المساس بحق يحميه القانون للمجنى عليه ، بهدف تحقيق غايـــة معينة . يسعى لتحقيقها الجاني ، ومنهم من ذهب إلى أن انتهاج الشخص مسلك العنف والـــتعدي إنمـــا هـــو وليد محاكاه لسلوك الآخرين في المجتمع والتي يلجأ الجانى من تأثيرها لمـــسلك العنف والاعتداء، بغية اعادة التوازن الاجتماعي ، وذهبت بعض الآراء الحديثة إلى بحث مفهوم العنف من خلال تأثيره علي إرادة المجنى عليه .... د/ عصام أحمد محمد ، النظـــرية العامة للحق في سلامة الجسم ، رسالة دكتوراه " حقوق القاهرة " ، ١٩٨٨ ، ص ٣٥ – د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، رسالة سابقة ، ص ١٧٤

(2) وقـــد نصت المادة ١٦٠ من التعليمات العامة للنيابات " يراعي المحقق في تعاملة مع المتهم احتـــرام كرامته وأدميته وذلك بالابتعاد عن الأساليب والعبارات التي تتضمن امتهانا لكرامة الإنـــسان كما لا يجوز الالتجاء إلى التعذيب إبتغاء الحصول علي الاعتراف باقتراف الحادث الذي يجري التحقيق فيه ... ومزيد من التفصيل لصور التعذيب .. د/ عمر الفاروق ، مرجع سابق، ص١٤٤

(3) نقض ١٩٤٩/١١/٢٢ أحكام النقض ، س٩ ، رقم ٣٢ ، ص٨٧- نقض ١٩٧٥/١١/٢٥، س ١٦ ، رقـــم ١٤٠ ، ص٨٣٩ نقض ١٩٦٧/٥/١٥، س١٨ ، رقم ١٢٧، ص٦٥١ – وفي هذا المعني نقض ٩٦/٢/١١، س ٤٧، رقم ٢٣٢ ، ص٢٢٢

وجه ولا يصح التعويل علي هذه الأقاويل ولو كانت صادقة مطابقة للواقع متي كانت وليدة تعذيب أو إكراه أيا كان قدره من الضئولة " [١].

وفـــي حكم ثالث قضى " بأنه إدلاء الطاعن- وباقي المحكوم عليهم – باعترافه أمام النيابة العامة ليس من شأنه – بذاته – نفي الإكراه المقول بحصوله أمام الشرطة ولا عدم استطالة آثره إلي ما أدلي به بتحقيقات النيابة العامة " [٢].

فـــي حين قضت محكمة النقض بأن " حضور الضابط استجواب النيابة للمتهم ليس فـــيه مـــا يعيب هذا الإجراء أو يبطله في وقت كان مكفولا له فيه حرية الدفاع عن نفسه بكافة الضمانات " [٣].

وفي حكم أخر قضت بأن " سلطان الوظيفة في ذاته – كوظيفة رجل الشرطة – بما يـــسبغه علي صاحبها من اختصاصات وإمكانيات لا يعد إكراها ما دام هذا السلطان لم يستطل إلي المتهم بأذي مادياً كان أو معنويا ومجرد الخشية منه في ذاتها لا تعد إكراها ولا قرين إكراه" [٤].

وبالنسبة للشريعة الإسلامية فقد جاءت بسبقها وكمالها وعظمتها إلى رفض الـــتعذيب وفي هذا الصدد يقول عز وجل " والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير مـــا اكتـــسبوا فقـــد احتملوا بهتانا وإثماً مبينا" [٥] ويتأسس ذلك علي احترام الإسلام لكـــرامة الإنـــسان إذ قـــال تعالـــي " ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم علي كثير ممن خلقنا تفضيلا " [٦].

---

(١) نقض ١٩٦٩/١٠/١٣، أحكام النقض ، س٢٠، رقم ٢٠٨ ، ص١٠٥٦

(٢) نقض ١٩٨٩/٥/١٨، طعن رقم ١٧٣١ لسنه ٥٩ قضائية

(٣) نقض ١٩٦١/٣/٦ أحكام النقض ، س١٢ ، رقم ٥٩ ، ص٣١١ – نقض ١٩٨١/٤/١٦ ، س ٣٢ ، رقم ٦٣ ، ص٣٥٠

(٤) نقـــض ١٩٩١/١/١٥ ، أحكـــام النقض ، س٤٢، رقم ١٢ ، ص٦٧ – وقضى بأن " التذرع بالخـــوف مـــن القـــبض أو الحبس لا يكفي لاعتبار التذرع بهما تهديداً ما دام انهما قد وقعا صحيحين وعلي سند من القانون . كما أن شعور المتهم بالخوف والرهبة من المحقق من تلقاء نفـــسه واعترافه أثناء استجوابه تحت هذا التأثير لا يعتبر تهديداً ولا إكراها " نقض ١٠/٢٢/ ١٩٦٢، أحكام النقض ، س١٣، رقم ١٦٤، ص٦٦٠.

(٥) سورة الأحزاب . الآية رقم (٥٨)

(٦) سورة الإسراء الآية رقم (٧٠)

وقال صلي الله عليه وسلم" إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا " [1].

وعــن أبي دواد والنسائى عن أزهر عبد الله الحرزي . أن قوماً من الكلاعين سرق لهــم مــتاع وأتاهم اناس من الحاكمة ، فأتوا بهم الصحابى نعمان بن بشير فحبسهم أياماً ثم خلى سبيلهم فأتوا النعمان، وقالوا خليت سبيلهم بغير ضرب ولا امتهان فقال لهــم النعمانى ما شئتم ، إن شئتم أضربهم فإن خرج متاعكم فذاك ، وإلا أخذت لهم مــن ظهــوركم مــثلما أخذت من ظهورهم ، فقالوا هذا حكمك ، فقال هذا حكم الله ورسوله [2].

وفي هذا الصدد ينبه الحسن البصري أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز ، إذ كتب إليه يقول:

" واعلم يا أمير المؤمنين أن الله أنزل الحدود ليزجر بها الخبائث والفواحش ، فكيف إذا أتاها من يليها وأن الله جعل القصاص لعباده فكيف إذا قتلهم من يقتص لهم"

فهذا الخطاب ينبه إلي خطورة جريمة التعذيب التي يباشرها من يفترض فيهم حفظ حقوق المتهم ووقايته من العاديات [3].

٢٤٢ـ الاستجواب المطول :

قد يعمد المحقق إلي إطالة وقت الاستجواب لإحداث إجهاد نفسى للمستجوب وينتج عن ذلك التأثير في إرادته لعدم قدرته الذهنية علي متابعة المناقشة التفصيلية لــوقت طــويل . فإذا حدث هذا فإن الاستجواب يبطل [4] ورغم أنه لا يوجد معيار زمنــى محــدد لإجراء الاستجواب إلا أن تحديد الفترة المعقولة لإجراء الاستجواب

(١) رياض الصالحين، مرجع سابق ، ص١٠١

(٢) القاضى أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم ، الخراج ، المطبعة السلفية ، بدون تاريخ ، ص١٩٠

(٣) د/ محمــد محمد سيف، الحماية الجنائية لحقوق المتهم، رسالة دكتوراه " حقوق عين شمس " ١٩٩٠، ص٢١٦.

(٤) د/ محمود نجيب حسني ، مرجع سابق ، ص٧٠٧ – د/ عبد الفتاح مصطفي الصيفي، مرجع ســابق، ص٣٥٩ – د/مأمــون محمد سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليها، مرجع سابق، ص٣٩٣

دون تأثير علي إرادة المتهم مسألة تخضع لرقابة محكمة الموضوع (١) والأصل في الاستجواب أنه إجراء مشروع من إجراءات التحقيق وما ينتج عنه من دليل يصبح صحيحاً إذا لم يشب هذا الاستجواب شائبة ، فقد يتم التعسف في إجراء الاستجواب ، كالاستجواب المطول لفترات متصلة بالليل والنهار أو اختيار مواعيد غير مناسبة لإجرائه أو تعمد الاستجواب في وقت متأخر من الليل دون مقتضى أو عدم وقف الاستجواب رغم الإرهاق الواضح علي المتهم . أو الحرص علي إرهاق المتهم بإطالة الاستجواب (٢).

وقد خلا التشريع المصري من نص يحدد وقتا معيناً للإستجواب ولا مدة لا يتجاوزها وهذا حال التشريع الفرنسى غير أن القانون الفرنسي قد نص في المادة ٦٤ إجراءات فرنسي ------- على أنه ولضمان عدم إرهاق المتهم باستجواب مطول فألزم الجهات القضائية ذكر مدة الاستجواب مع ذكر فترات الراحة التي تفصل بين فترات الاستجواب والتى من الممكن أن يتناول فيها المستجوب وجبة الغذاء(٣).

---

(١) انظر فى هذا المعني قول محكمة امن الدولة العليا " من المقرر قانوناً أن الاستجواب المطول يرهق المتهم ويؤثر علي إرادته ولا يوجد في التشريع المصري معيار زمنى لطول الاستجواب أو موعده كما ورد في بعض التشريعات ومنها التشريع الفنلندى وإنما العبرة إزاء عدم وجود نص في التشريع المصري هي بما يؤدي إليه الاستجواب في قوة المتهم الذهنية علي أثر إرهاقه فالاستجواب يفترض مباشرة قبل متهم توافرت لدية حرية الاختيار مما يتعين معه توفير كافة الضمانات التى تمس هذه الحرية . إنما إذا تعمد المحقق أرهاق المتهم بإطالة الاستجواب واجبارة علي الاعتراف في ظروف نفسية صعبة فإنه يخرج عن حياد الواجب الأمر الذي يمس أهليته الأجرائية فى مباشرة التحقيق وتحديد أثر هذه الاطالة أمر موضوعي متروك لتقدير المحكمة " – حكم المحكمة الصادر في ١٩٨٤/٩/٣٠ – القضية رقم ٢٣٥٩ لسنه ١٩٨٢ جنايات عابدين والمقيدة برقم ١١٢ لسنه ١٩٨٢ كلي وسط أمن دولة وقد تصدق علي الحكم في ١٩٨٥/١/٦ ---- ومشار إليه د/ عبد الرءوف مهدي ، مرجع سابق ، ص ٥١١ – د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص١٨٥ .

(٢) عدلي خليل ، مرجع سابق، ص٩١.

(3) Stefani , levasseur, et Bouloc, Op. Cit No 420, p 377.

– ومن التشريعات التي تحدد مده معينة الاستجواب –

أ– القانون الفنلندي فيحدد مدة الاستجواب ما بين الساعة السادسة صباحاً والتاسعة مساءً كما لا يجوز أن تزيد مدة الاستجواب عن أثني عشرة ساعة مره واحدة .

ب– التشريع الارجنتيني في المادة ٢٢٤ من قانون الإجراءات " أنه يجب علي القاضى إغلاق المحضر إذا أستغرق الاستجواب مده طويلة أفقدت المتهم صفاء تفكيره أو أظهرت عليه بوارد الإرهاق .

جـ– رفض القضاء الانجلو أمريكي الاعتماد علي الاستجواب المطول فقد قررت المحكمة العليا في الولايات المتحدة سنه ١٩٤٠ إلي أن إخضاع المتهم الاستجواب متواصل يعادل الإكراه --- فهد إبراهيم السبهان، رسالة سابقة ، ص١١٤ .

موقـف القـضاء : أخذت محكمة النقض موقفا مغايراً فقضت بأن " الدفع بـبطلان الإعتـراف لكونه جاء بعد تحقيق مرهق ومطول استمر فترة طويلة ليلا واسـتغرق سـاعات طوال متصلة مما أدي إلي الإرهاق الذي أثر في صفاء ذهنه وإرادتـه لا يعـد إكـراها ما دام لم يستطل إليه بالأذى مادياً كان أم معنويا ما لم تـستخلص المحكمة من ظروف الدعوي وملابساتها تأثر إرادة المتهم واستندت في ذلك إلي أنه ليس في التشريع المصري نص يحدد مدة الاستجواب " (١).

ومـن جانبـنا نـرى بضرورة تدخل المشرع المصري لإيجاد نص يحظر الاسـتجواب المطول وأن يشتمل النص علي تحديد أوقات الاستجواب وتحديد مدده وأحوال انقطاعه نظراً لخطورة الاستجواب وما يترتب عليه من نتائج فالاستجواب المطول وإن كان لا يستطيل إلي جسم المتهم إلا أنه بلا شك يؤثر علي القوة الذهنية للمـستجوب وكـذا العـصبية ممـا يجعل إرادته غير حرة فيما يدلي به من أقوال واعتـرافات قـد تكون غير مطابقة للحقيقة تخلصا من ضغط الاستجواب المطول عليه.

٢٤٣ـ كلاب الأمن والحراسة :ـ

يعـد الاسـتعانة بالكلاب البوليسية من الوسائل التي يلجأ إليها المحقق في مـرحلة التحقيق . والعلة في استخدام الكلاب البوليسية تكمن في إنها تمتاز بحاسة الشم القوية بحيث يستطيع شم أي أثر للجاني كقطعة قماش من ملابسه أو منديله أو حذائـه ثم تتبع الطريق الذي سلكه الجاني حتي يصل إليه المحقق . ولا يشترط ألا يكون قد مضي وقت طويل بين ارتكاب الجريمة وقص الأثر ، وإن أثبتت التجارب أن الكلب يستطيع أن يشم الأشياء بعد مضي ستة أشهر علي انفصالها عن صاحبها مـا دامت في حرز من الحرير وقد ادخل نظام الكلاب البوليسية علي عمل البوليس منذ عام ١٩٣٣ تمشيا مع النظام الحديث في البحث الجنائي (٢) .

---

(١) نقض ١٩٨٦/٢/١٩ ، أحكام النقض طعن رقم ٥٥٨٣ لسنة ٥٥ ق – نقض ١٩٩٤/١/٢٣ ، طعـن رقـم ٣٠٠٦ لـسنة ٦٢ق . وفى هذا المعنى – قضت محكمة النقض " استطالة زمن التحقـيق . غير مؤثر على ارادة المتهم أو اعترافه – نقض ١٩٩١/١/١٥ ، أحكام النقض ، س ٤٢ ، رقم ١٢ ، ص ٦٧ .

(٢) رابح لطفي جمعة ، استعراف الكلب البوليسى وحجيته في الإثبات في المواد الجنائية ، مجلة الأمن العام ، إبريل، ١٩٥٩، ع ٥ ، ص٦٤

وإذا وجــدت أثار يظن أنها ملابس للمتهمين أو مخلفاتهم ، يجوز الاستعانة بالكلــب الــشرطي للتعرف علي أصحابها ، فإذا تعذر ، إرسال الكلب الشرطي إلي محــل الحــادث، أرسلت المضبوطات مع المتهمين إلى النيابة الكائن بدائرتها محل وجود الكلب بعد تحريزها جيداً .

ويقــوم أعــضاء النيابة أنفسهم بأجراء عملية الاستعراف ، ويثبت عضو النيابة في محضره حالة الشئ المضبوط ووصفه وتكون الاستعانة بالكلاب الشرطية مقصورة علي الأحوال المنتجة في حدود الإفادة من حاسة الشم (١).

ولقــد ســاهمت الاســتعانة بكلاب الشرطة في الإقلال من تيار الجريمة ، وهــناك أمــثلة عديــدة في سجل القضاء عن وقائع غامضة لم يكتشف الجناه بها، وبفــضل الإســتعانة بالكلــب الشرطي أمكن التعرف علي الجناة واكتشاف الحادث وكثيــراً ما يؤدي هذا الإستعراف إلي إعتراف الجناة اعترافا تفصيلياً — مثال ذلك الجناية رقم ١٦١٥ قسم بنى سويف سنه ١٩٦٩ حيث عثر علي إحدى السيدات في مــسكنها مقــتولة ومقطــوعة الــيدين، وما كانت ترتديه من الحلي مسروقة ، وقد اســتعرف الكلــب الشرطى علي القاتل واعترف المتهم تفصيليا بالحادث وقرر أنه شاهد القتيلة لأول مرة مع مالك المنزل وهي تدفع له أجرة مسكنها ، فاستهوته حليها فقتلها لسرقته وحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة (٢).

---

(١) وتنص المادة ٢٣٧ من التعليمات العامة للنيابات " إذا وجدت أثار يظن أنها لملابس المتهمين أو مخلفــاتهم يجوز الاستعانة علي التعرف علي أصحابها بكلب الشرطة ، فإن تعذر إرسال كلــب الشرطة إلي محل الحادث أرسلت المضبوطات مع المتهمين إلي النيابة الكائن بدائرتها محــل وجــود الكلب بعد تحريزها تحريزا جيدا علي وجهه يحفظ رائحتها ------ إلي أخر نص المادة "

(٢) مــثال ذلــك ايضا الجنايات رقم ١١٨٩ منوف سنه ١٩٦٩ ، ١٨٣٠ سمالوط سنه ١٩٧٠، ١٠٧٧ طلخــا سنه ١٩٧٠ وتتخلص وقائع الأخيرة في أنه بتاريخ ١٩٧٠/١/٦ ابلغ المواطن محمــد عبد الرحمن الشهابي بوقوع حادث قتل المدعوه عليه حامد درويش ببلده كتامه مركز طلخــا ، وبمعاينة جثه المجنى عليها الملقاه بإحدى حجرات المنزل تبين إنها قتلت خنقا ووجد بجــوارها حــبل. وبــسؤال زوج المجنى عليها أنكر معرفته لظروف الحادث ولم يتهم أحد بارتكابه . وبسؤال أولاد المجنى عليها ومن يقيمون بالمنزل لم يدلون بأي بيانات تفيد التحقيق ممــا زاد منه غموض الحادث . وقد قررت النيابة استدعاء أحد كلاب الشرطة للاشتراك في أعمال البحث ، فقام الكلب – بعد اختبار حاسة الشم لديه ونجاح التجربة بشم الحبل ، ثم اقتفى أثر الجاني وتعرف علي المتهم الذي اعترف تفصيليا بخنقه المجنى عليها بعد إن كان منكرا. وجــاء بتقرير النيابة إن مجهود الكلب إدي إلي كشف غموض الحادث وكانت ثمرته النهائية اعتراف المتهم تفصيليا ---- د/ سامي صادق الملا، حجية استعراف الكلاب الشرطية أمام القضاء ، المجلة الجنائية القومية ، مارس، ١٩٧٤، ع١، ص٥٤ .

حجـية استعراف الكلب الشرطي في الإثبات الجنائي . القاعدة أن إعتراف المتهم بجريمة لا يعول عليه إذا كان هذا الإعتراف - ولو كان صادقا - وليد إكراه أيـا كـان قـدره[1] إلا إن محكمة النقض قد أقرت مشروعية استخدام كلاب الأمن والحراسة كوسيلة من وسائل الكشف عن المجرمين، وذلك عندما قررت أنه لا مانع مـن الإسـتعانة بـالكلاب البوليـسية كوسـيلة من وسائل الاستدلال للكشف عن المجرمين [2].

ويلاحظ أن اللجوء إلي الكلاب في الإستعراف علي المتهمين قد انخفض إلي درجة الإنعدام ولعل سبب هذا الإحجام هو حرص المحقق علي المتهم وحقوقه ولما يـسود لدي المحقق من عقيدة راسخة تتمثل في أن استخدام الكلاب في الإستعراف والحـصول علي الإعتراف فيه إعتداء علي حرية الاختيار لدى المتهم، مما يجعل الإعتراف ذاته مشوباً بعيب الإكراه [3].

ضوابط عملية الاستعراف :-

إذا اعترف المتهم بارتكاب الجريمة إثر استعراف الكلب البوليسي عليه فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين الأول أن يكون اعترافه قد صدر طواعية واختياراً، والثاني إن يكون الاعتراف قد صدر منه نتيجة هجوم الكلب عليه.

---

(١) نقض ١٩٨٨/١/٧ أحكام النقض ، س٣٩، رقم ١٠ ، ص١١٢ - نقض ٩١/١/١٥، س٤٢ ، رقم ١٢، ص٦٧ - نقض ١٩٩٨/٣/٧ ، س ٤٩ ، رقم ٥٠ ، ص ٣٥٨

(٢) نقض ١٩٣٩/١٠/٢٣ ، مجموعة القواعد القانونية ، حـ١، رقم ٣١،ص٨٣ - نقض ١١/٢٦ /١٩٥١ احكـام الـنقض، س٣ ، رقم ٧٨ ، ص ٢٠٩- نقض ١٩٦٥/١٢/٣ ، س١٦، رقم ١٧٣، ص٨٩١ وفي هذا المعني " نقض ٩٦/٢/١١، س٤٧، رقم ٣٢، ص٢٢٢

كمـا قـضت بأن استعراف الكلب علي المتهم ليس بالدليل القوي الحاسم ، فهو لا يعدو أن يكون مجرد قرينه يمكن الاستناد اليها في تعزيز الأدلة الاخرى القائمة ضد المتهم في الدعوى"

نقـض ١٩٥١/١١/٢٦ احكـام النقض، س٣ ، رقم ٧٨، ص٢٠٩- نقض ١٩٥٤/٣/٢٩، س٥، ١٧٣، ص٤٣٢

نقض ١٩٥٥/١٠/٣ ، س٦، رقم ٣٤٧، س١١٨٩، نقض ١٩٥٧/٣/١٨، س٨ ، رقم ٢٧٤ ، ص ٩٧١ - نقض ١٩٧٧/١١/١٤، س٢٨ رقم ١٩٦، ص٩٥١

(٣) د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، رسالة سابقة ، ص١٨٧

١) الاعتراف طواعيةً واختياراً:

إذا اعتــرف المتهم أثر عرضه علي الكلب البوليسى للاستعراف عليه فإن الاعتــراف لا يعــول علــيه إلا إذا كــان صادر عن المتهم طواعية واختياراً لأن الاعتراف الذي يعول عليه ينبغى أن يكون اختياريا .

ومن باب أولي يعد اعتراف المتهم صحيحا إذا كان قد صدر منه أثر إبلاغه باســتدعائه لعرضه علي الكلب البوليسى وفي هذا قضت محكمة النقض" أن مجرد تخــوف المــتهم واعتــرافه بارتكــاب الجريمة إثر استدعائه لعرضه علي الكلب الــشرطي، فــذلك لا يحمل معنى التهديد والإرهاب ما دام هذا الإجراء قد تم بأمر المحقق وبقصد إظهار الحقيقة " (١).

٢) الاعتراف وليد خوف :

أما إذا اعترف المتهم عقب استعراف الكلب الشرطي ووثوبه عليه ثم تمزيق ملابسه أو عقره، فإن صدور الاعتراف في هذه الحالة يعد نتيجة لتأثير مادي علي إرادة المــتهم وبالتالي فإن الاعتراف الصادر منه لا يكون حرا وصادراً عن اختيار مطلــق ولا يهون من هذه النتيجه ألا يكون المحقق نفسه هو الذى أشار إلي الكلب للإعتداء علي المتهم بل ولا يحول دون ترتيب هذه النتيجة أن يكون المحقق قد بذل كــل ما في وسعه دون جدوي للحيلولة دون اعتداء الكلب علي المتهم وعلة ذلك أن مــناط بطلان الإعتراف الصادر بغير إرادة حرة ليس في إن المحقق هو الذي أعدم هــذه الإرادة أو أضــعفها ، وإنما لأن شرط الإرادة الحرة هو شرط موضوعي في الاعتراف كعمل إجرائي فإذا تخلف بطل الاعتراف (٢).

ومن جانبنا :-

نــرى أن يقتصر استخدام الكلب الشرطي في الأعمال الأمنية مثل حراسة

---

(١) نقــض ١٩٤٩/١١/٢٢، أحكام النقض، س١ ، رقم ٣٢، ص٢٨٧---- ومن جانبنا نتفق مع الــرأي القائــل بأن إبلاغ المتهم بعرضه علي الكلب البوليسى يحمل بلا شك معني التهديد – ومن ثم ينبغى علي المحكمة أن تبحث فيما إذا كان اعتراف المتهم قد صدر متأثر بهذا التهديد (إكراه معنوي) من عدمه وتقضى ببطلان الاعتراف فى الحالة الأولي وبصحته في الثانية – ---- د/ إبراهيم حامد طنطاوي التحقيق الجنائي ، مرجع سابق ، ص٢١١.

(٢) د/ سامي صادق الملا ، مقال سابق ، صـــ٥٩.

المنشآت الهامة والأماكن التي تتطلب حراستها يقظة تامة كالبنوك والمصانع والسجون حيث يكون دورها أكثر فاعلية من الحراسة العادية التي يقوم بها الأفراد أما استخدام كلاب الشرطة للتعرف علي المتهم والحصول منه على الاعتراف – فهذا أمر محل نظر – حيث أن مجرد استخدام الكلب يؤدي إلي خوف المتهم وإرهاقه عصبيا خاصة وقت قدومه ويصحبته مدربه وضباط الواقعة والمحقق الأمر الذي يجعل إرادته مشوبة بالإكراه المعنوي مما يدفعه إلي الاعتراف رغبة في التخلص من هذا الموقف العصيب وذلك دون حاجة لهجوم الكلب عليه وتمزيق ملابسه الأمر الذي يتحقق معه الإكراه المادي ومن ثم نهيب المشرع بالتدخل لمنع المحقق من اللجوء إلي هذه الوسيلة لما لها من أثر في نفس المتهم وإرادته .

٢٤٣- الوسائل العلمية الحديثة :-

تتعدد صور الوسائل العلمية الحديثة التي يمكن استخدامها في مجال التحقيق الجنائي ولكن نظرا لأن بعضها يؤثر علي إرادة المتهم فيحظر علي المحقق الالتجاء إليها وإلا كانت إجراءات التحقيق التي باشرها باطلة [١].

ومن أمثله هذه الوسائل : التنويم المغناطيسى ، التحليل التخديرى ، جهاز كشف الكذب

أ-التنويم المغناطيسي :-

هو حالة نوم غير طبيعي يمكن أن يقع الشخص تحت سيطرتها بواسطة طرق مختلفة ويؤدي هذا النوم إلي حجب لذات الشخص الشعورية بدرجات متفاوتة تبعا لدرجة عمق النوم المغناطيسى واختلاف قابلية الخضوع لهذا المؤثر من شخص إلي آخر فيؤدي التنويم المغناطيسى إلي أن النائم يكون خاضعا لتأثير إرادة المنوم فتأتي إجابته صدي لما يوحي له به وهو يختلف عن النوم الطبيعي بوجود درجة ضئيلة من الوعي وزيادة القابلية للإيحاء والقدرة علي الاتصال بالعقل الباطن في الإنسان والتأثير في الأداء العقلي الطبيعي [٢] ويتضح من هذا أن التنويم

---

(١) نصت المادة ٢١٩ من التعليمات العامة للنيابات " تعتبر تنويم المتهم مغناطيسيا واستجوابه ضربا من ضروب الإكراه المادي يبطل اعترافه ولا يغير من ذلك رضاء المتهم به مقدماً "

(٢) د/ إبراهيم حامد الغماز ، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية ، رسالة دكتوراه " حقوق القاهرة ، ١٩٨٠ ص٢٦٠ –د/ إبراهيم حامد طنطاوى ، التحقيق الجنائى من الناحيتن، مرجع سابق ، ص٢١٤.

المنغناطيسى وسيلة لقهر الإرادة أو تعطيلها وهي نفس النتيجة التي يمكن الوصول إلـيها بالعنف التقليدي ، بل أنه يعد في الواقع إحدى صور الإكراه المادي لوقوعه علي جسم الخاضع شخصياً (١) وفضلاً عن هذا التعدي النفسي فإن هناك تعديا ماديا يلحـق بالجـسم ويؤثـر علـي سلامة جهازه العصبي والحسى مما دفع بالدساتير والتشريعات المختلفة إلي النص على تحريم استخدام تلك الوسيلة (٢).

ب) التحليل التخديري :-

إن قـصه العقاقير المؤثرة علي العقل والإرادة قصه قديمة . ولعل الكحول من أقدم أنواعها . وقد قال الرومان قديماً " In vino veritas " أي في " الخمر الحقيقة " وإلـى جانـب المـواد الكحولـية توجد المخدرات المختلفة كالحشيش والكوكاكين والمسكالين وإذا كانت هذه العقاقير قد أريد بها في أحيان كثيرة أن تؤدي إلي كشف خبايا النفوس فإن التعبير اللافت للنظر " مصل الحقيقة " Truth sérum لم يسمع لأول مـرة إلا فـي سنه ١٩٣٢- عندما استعمل " كالفين جودارد " عقار السكوبولامين كمهدئ في حالة وضع . حيث طلب شيئا من الزوج فردت الزوجة وأخبرته بمكانه بـرغم إنهـا كانت تحت تأثير المخدر . ثم جاء بعد ذلك استعمال الباربيتورات في التخديـر ومنها الأمتيال والإفيبان والنبتوتال والمعروف أن كمية بسيطة تؤدي إلي

---

(١) د/ عمر الفاروق الحسني/ مرجع سابق، ص١٤٧ -د/ محمد سامي النبراوى ، رسالة سابقة، ص٤٨٨.

(٢) فـي ألمانـيا صدر قانون أول أكتوبر لسنه ١٩٥٠ الذي حظر في المادة ١٣٦ منه اخضاع المتهم لأي تجربة أو محاولة تهدف للتأثير فيه من خلال ممارسة ضغط علي ارادته .

Graven (jéan) , les problemes des moyens modérnes dans l'investijation des procés criminels; Rev. int .crim . pol-tec ; 1959 ; P. 293.

- المـادة ٦١٣ من قانون العقوبات الإيطالي التى تحرم استخدام المواد الكحولية أو المخدره أو أي وسائل أخري تستخدم لهذه الغرض إذا كان الفاعل من رجال السلطة العامة .
- والمواد (٢١٨، ٢٤٧،٢٥٩) من التشريع اليوغسلافى الذي يحرم أي تداخلات طبيه بغرض الحصول علي اعترافات
- والمـادة ٣٢ مـن الدستور البرتغالي والمادة (٢٦) من قانون الإجراءات البرتغالي، والمادة ٢٣٩ ، إجراءات جنائية ارجنتينى ---- د/ عصام زكريا عبد العزيز ، رسالة سابق ، ص ٣٥٩

التهدئة وأن كمية أكبر تحدث التخدير وتستعمل هذه المواد في التحليل النفسي (١) .

تعريفه :-

ويعــرف بأنه وسيلة علمية تتمثل فى حقن الشخص بعقار يؤدي إلي حجب التحكم في الأداء العقلي والإرادى بحيث يدلي الشخص ببيانات ما كان ليقررها لولم يستعمل معه هذا المخدر (٢) .

وبالنسبة لرأى الفقة فيما يتعلق بهذا الإجراء :-

يتفق الفقهاء علي عدم مشروعية التحليل التخديري ولكنهم اختلفوا في تحديد نطــاق عــدم مــشروعيته إذ يرى جانب منهم أنه لا يجوز الالتجاء إليه في مجال التحقــيقات الجنائــية فحسب وأنه يجوز استعماله في نطاق الخبرة المتعلقة بالطب العقلي (٣).

وطــبقا لهذا الاتجاه لا يجوز استعمال التحليل التخديرى في الحصول علي اعتراف المتهم ولكن يجوز استخدامه في نطاق الخبرة الشرعية لمعرفة حالة المتهم العقلــية وهذا ما انتهت إليه الجمعية الفرنسية للطب الشرعي في عام ١٩٤٥ لجنه سداســية (٤) إلا أن الأكاديمية الفرنسية للطب في عام ١٩٤٩ أصدرت بلاغا موقعا من عدد من رجال الطب بأن التحليل العقاري يؤدي إلي نتائج غير مؤكدة ولا يمكن قبوله في مجال الخبرة الجنائية بل وفى نطاق التشخيص الطبي لخطورة هذه الوسيلة والخشية من تسرب المعلومات الناجمة عن التشخيص إلى التحقيق (٥).

---

(١) د/ أحمد محمد خليفة ، مصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب ، المجله الجنائية القومية ، المجلد الأول مارس ١٩٨٥، ع١، ص٩٢

(٢) د/ إبــراهيم حامد طنطاوى ، رسالة سابقة ، ص٧٩٢- محمود هشام محمود رياض، رسالة سابقة، ص١٢٠

(3) Boucique , le Narco - analyse, et la jurisprudence des tribinaux Americanes, rev.sc. crim, 1960, P. 139

(4) thermitte (j) , sur la narcoanalyse en Médecine légale , Bull . Acad. Nate. Méd . 1949. P. 22

(٥) د/ محمــد إبراهيم زيد ،استخدام الاساليب الفنية الحديثة في التحقيق الجنائي ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد العاشر ١٩٦٧، ع١ ، ص٤٩٧.

ونخلـص مما سبق إلي حظر الالتجاء إلي هذه الوسيلة في مجال التحقيقات الجنائـية لأنها تؤدي إلي تقييد حرية إرادة المتهم ، فتفقده السيطرة علي ما يدلي به مـن أقـوال ولا يحـول هذا رضاء المستجوب مقدماً إذ تظل النتائج المترتبة علي اسـتخدامها غير مشروعة (1) ومما لا شك فيه أن حالة اللاوعى والتي يكون عليها المستجوب على أثر تناول هذه العقاقير تجعله خاضعاً لتأثير المحقق ويكون تحت ما يوصـف بالإكراه المادي وهو أوضح صور التعذيب (2) وهو ما تأباه مبادئ احترام حقوق الإنسان .

جـ- جهاز كشف الكذب :-

هو جهاز آلى يعمل بالكهرباء بقصد الكشف عن خلجات النفس من ناحية رد الفعـل الـذي تظهره أمام بعض الكلمات التي توجه إلي شخص ويكون لها أثر في أعماقه فينفعل بها. ويظهر دلاله ذلك عن طريق مؤثرات الجهاز التى تسجل جميع التعبيـرات الـناتجة عن سرعة التنفس وضغط الدم ، مما يستدل معه أن الشخص الخاضـع للتجـربة يعانـي اضطرابات داخلية ويبذل مجهوداً نفسيا بالنسبة للسؤال المـوجه إلـيه حتـي يستطيع الإجابة عليه، مما يتضح معه إذا كان يكذب أو يقول الصدق (3).

يختلف موقف الفقة حول مدي مشروعية استخدام هذه الوسيلة فالبعض يري مـشروعيتها لأن اسـتعمالها لا يؤثر في إرادة المتهم (4) ويقرون بصحة الاعتراف الـصادر عـن المـتهم نتـيجة لاختياره لجهاز كشف الكذب علي اعتبار أن هذا الاعتـراف صـادر عـن إرادة حـرة وأن هـذا الجهاز لا يمثل مساساً بالسلامة الجسدية (5).

---

(1) Collignon (tho), Les décuvertes dangereuses, Rev. Dt. Pén. 1949, p.55 9.

(2) levasseur, les techlique de l'imdividuelistion jiciqrie ,rapport synthése au congrés internationl de defenec social, 1971. Rev. sc. Cri ,. 1972 , P. 327

(3) د. محمد سامي النبراوي ، رسالة سابق ، ص٤٩٢

(4)Susini (J) un chapitre nouvean de police scientifique le detection objective du mensonge, Rev. sc. crim 1960, P. 326

(5) محمود هشام محمد ، رسالة سابق ، ص١١٤ – أحمد محمد خليفة ، مقال سابق ، ص١٠١.

في حين يري البعض الآخر أن استخدامه يؤثر في إرادة المتهم ومن ثم فهو غير مشروع لأنه يعتبر من قبيل الإكراه المادي أو المعنوى وأنه يمثل اعتداء علي حـق المـتهم في الصمت والدفاع عن نفسه، ويرفض أصحاب هذه الرأى أستخدام جهـاز كـشف الكذب فى المجال الجنائى وخاصة إن الجهاز لا يستطيع عند قياسه لدرجة الانفعال التمييز بين أسباب الانفعال [١].

ومـن جانبـنا نرفض استخدام هذا الجهاز لتأثيره في إرادة المستجوب لأنه يحـدث نـوعا من الضغط النفسى علي إرادته بما يمثل إكراها معنويا . وذلك أن المـتهم قـد يعتريه الخوف عند اخضاعه لهذا الأجراء فيؤثر ذلك في إرادته فيؤدي ذلك إلي أن ما يرصده الجهاز من نتائج لا تعبر عن حقيقة موقف المتهم [٢].

وبالنسبة للشريعة الإسلامية :

لقـد كرم الله عز وجل الإنسان فخلقه في أحسن صورة وميزه بالعقل الذي هو عمدة التكليف يدل علي ذلك ما يلي :-

١- قـوله تعالـي" ولقـد كرمنا بنى آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم علي كثير ممن خلقنا تفضيلاً " [٣].

٢- وقـوله عـز وجل " خلق السموات والأرض بالحق وصوركم فأحسن صوركم وإليه المصير" [٤].

٣- وقوله سبحانه " لقد خلقنا الإنسان في احسن تقويم " [٥].

فهذه الآيات الكريمات تدل علي أن الله عز وجل كرم الإنسان أعظم تكريم ،

---

(١) د. عمـر الفـاروق ، مرجع سابق ، ص١٤٩ – د/ نعيم عطية ، حق المتهم في الصمت ، مجلة الأمن العام يوليو ، ١٩٦٧، ع ٦٤، ص١٦

(٢) وقـد جاءت المادة ٢٢٠ من التعليمات العامة للبيانات " لا يجوز استخدام جهاز كشف الكذب للحصول علي اعتراف المتهم لأن هذه الوسيلة يحوط نتائجها بعض الشك ولذلك لن يصبح لها قيمة علمية توحي بقدر كافى من الثقة في دقة ما تفسر عنه نتائج هذا الجهاز من دلالات

(٣) سورة الإسراء الآية (٧٠).

(٤) سورة التغابن الآية (٣) .

(٥) سورة التين الآية (٤).

حيث جعله أحسن المخلوقات وأبهاها صورة ، ومن حسن صورته أن خلقه منتصباً غيـر منكب متناسب الأعضاء كما كرمه بالعقل الذي هو عمدة التكليف وبه يعرف الله عز وجل ويفهم كلامه ، ويوصل إلي نعيمه وتصديق رسله[1].

وتأسيسا علي هذا التكريم فقد عرفت الشريعة مبدأ المشروعية منذ أربعة عشر قرنا خلـت فلم يقر الله العقاب دون أن يبصر الناس بجرمهم وفي هذا يقول تعالي " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا " [2] ويقول كذلك سبحانه وتعالي " ما كان ربك مهلك القري حتي يبعث في أمها رسولاً يتلو عليهم آياتنا وما كنا مهلكي القري إلا وأهلها ظالمون" [3] هذا وقد أوجبت الشريعة الغراء أن تكون عقيدة القاضي واقتناعه قد بنيا علي دليل مستمد من إجراء صحيح إذ لا يجوز الاستناد إلي دليل استقى من إجراء باطـل وإلا بطل معه الحكم ، تطبيقا للقاعدة الأصولية (أن ما بنى علي باطل فهو باطـل) وهي بذلك تقرر شرعيه الوسيلة ، وأن الوسيلة تأخذ حكم الغاية ، ولهذا فقد تـضمنت الآيـات القـرآنية الـصريحة مـا يحـرم التجـسس ، فـيقول تعالي "ولا تجسسوا " [4].

واسـتبعدت الـشريعة الإسلامية الغراء كافة وسائل التأثير المختلفة لحمل المتهم علي الإقرار كالإكراه بالضرب أو أخذ المال أو النيل من القريب أو بالوعيد وإلي هذا ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية وجمهور المالكية والحنفية إلا المتأخرون منهم [5] ويستدلون لمذهبهم بقوله تعالي " إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان" [6] .

وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال " ليس لرجل علي نفسه

(١) د/ محمود محمد حسن، مظاهر تكريم الإنسان في القرآن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، إبريل ١٩٩٩، ع ٢٥، ص٢٤٧ .
(٢) سورة الإسراء الآية (١٥) .
(٣) سورة القصص الآية (٥٩).
(٤) سورة الحجرات الآية (١٢) .
(٥) المبسوط ، مرجع سابق، حـ٩، ص١٨٤ .
(٦) سورة النحل الآية (١٠٦).

بأمين إذ جوعته أو خوفته أو أوثقته " [1] وهو يقول رضي الله عنه ليس علي نفسه بأمـين بين إنتفاء الإرادة بالإكراه وفي هذا قال القاضي شريح " القيد كره والسجن كره والوعيد كره والضرب كره " [2].

ويقـول الحـنابلة لو ضرب الرجل ليقر بالزنا فأقر به لم يجب الحد ولم يثبت عليه الـزنا ، ويقول ابن قدامه " لا تعلم من أهل العلم خلافا في أن إقرار المكره لا يجب به حد " [3].

ومـن العـرض السـابق لمبدأ شرعية الدليل في الشريعة الإسلامية يتضح رفـضها لكل ما هو مؤثر علي إرادة المتهم وأن الدليل المعول عليه لا بد أن يكون ناتجاً من وسيلة مشروعة تتفق وخلق الإنسان في أحسن صورة وتمييزه بالعقل.

(١) أبـي محمـد عـبد الله بـن أحمد بن قدامه ، المغني ، مطبعة المنار ، مرجع سابق ، ط٣، ص١٧٢.
(٢) أبـو الـسعادات مجدي الدين المبارك بن محمد ، جامع الأصول في حديث الرسول ، مكتبة السنه المحمدية، ١٣٦٩هـ حـ٤، ص٣٢٦
(٣) المغني مرجع سابق ، حـ١٠ ، ص١٧٥

المطلب الثالث
الاعـــتراف

٢٤٤ـ تمهيد وتقسيم :

يعتبــر الاستجواب في طور التحقيق الابتدائي وسيلة إثبات ودفاع . أما في طــور المحاكمــة فهــو وسيلة دفاع فحسب ، ومن أجل هذا تنص المادة ١/٢٧٤ إجــراءات جنائية " لا يجوز استجواب المتهم إلا إذا قبل ذلك " ولقد أردنا أن نشير إلي قاعدة حظر الاستجواب في المحاكمة لأن الاستجواب قد ينتهي باعتراف المتهم والاعتراف دليل إثبات، بل هو أقوي أدلة الإثبات من أجل هذا نصت المادة ٢/٢٧١ إجراءات جنائية " وبعد ذلك يسأل المتهم عما إذا كان معترفا بارتكاب الفعل المسند إلـــيه، فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء باعترافه ، والحكم عليه بغير سماع شهود وإلا فتــسمع شـــهادة شهود الإثبات ، ---" ومع هذا فليس كل إقرار أو اعتراف يؤخذ به بل لا بد أن يستوفى عناصر صحته كدليل إثبات ......" وعليه سنقسم هذا المطلب إلي فرعين على النحو التالي :-

الفرع الأول- تعريف الاعتراف وأهميته

الفرع الثاني – أركان الاعتراف

الفرع الأول
تعريف الاعتراف وأهميته

٢٤٥ـ المعني اللغوى :

يقــال " عرف فلان علي القوم يعرفهم عرافه ودبر أمرهم وقام بسياستهم ، وعرف الشئ يعرفه عرفانا، ومعرفة ادراكه بحاسة من حواسه فهو عارف وعريف وعــرف فلانا الأمر : إعلامه إياه[١] وعرف فلانا الأمر: إعلامه إياه وعرف فلان

---

(١) تبيــين المــسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك، مرجع سابق ،ص٧٨ – محمود هشام، رسالة سابقة ،ص٥٦.

يكـذا وسـمه به الإقرار هو الاعتراف بما يوجب حقا علي قائله ، سواء كان ذلك يتضمن مالاً أو عقوبة كحد وقصاص .

٢٤٦ـ المعني الاصطلاحي :

يعرف الفقه الاعتراف[١] بأنه " قول صادر عن المتهم أمام القضاء يقر فيه علـي نفـسه وبـإرادة حرة وواعية بصحة ارتكابه الجريمة المنسوبة إليه كلها أو بعضها بصفتة فاعلا أصليا أو شريكا فيها " .

ويعـرفه الفقه الفرنسى [٢] بأنه عبارة عن تصريحات وأقوال من جانب المتهم تـتعلق بالتهمة المنسوبة إليه تعلقا جوهريا سواء أكانت اعترافات جمله فى آن واحد أو متفرقة علي فترات ويتضح بذلك أن الاعتراف في جوهره تقرير أو إعـلان ، وأن موضـوعه هـو الواقعة سبب الدعوى ونسبة هذه الواقعة إلي الـشخص وأنه يتعين أن يكون من صدر الإقرار عنه هو نفسه من نسب إليه الواقعة بما يترتب عليه من قيام المسئولية الجنائية عنها، ويعني ذلك أن المتهم هو المقر وهو نفسه الذى ينسب إليه الواقعة موضوع الإقرار[٣] .

٢٤٧ـ أهمية الاعتراف :

ولقـد كـان الإعتـراف قـديما سيد الأدلة فيستعمل القاضى كل سبل

---

(١) د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ١٩٨١ ، ص ٤٢١ – د/ سامى صادق الملا ، رسالة سابقة ص ٧ – د/ عصام عفيفى عبد البصير ، مرجع سابق ، ص ٣٣١ – د/ محمد صبحى نجم ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦ –

ويعـرفه رأى بأنه " تسليم شخص تسليماً إراديا بارتكابه جريمة كلها أو بعضها – بعد وقوعها – بـركنيها المادى والمعنوى أو بظروفها المشددة وبمسئوليته عنها . وذلك أثناء اتخاذ السلطات الاجراءات الجنائية الخاصة بهذه الجريمة " ...... د/ مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية " معلقا عليها " ، مرجع سابق ، ص ٧٦٨ – د/ عبد الرؤوف المهدى ، مرجع سابق ، ص ١٢٨١ .

ويعرفه أخر بانه " إقرار على النفس بارتكاب الجريمة موضوع التحقيق سواء بسلوك منفذ لها أو بسلوك على هامش تنفيذها ...... د/ رمسيس بهنام ، مرجع سابق ، ط ١٩٨٤ ، ص ٦٩٢ .

(2) Merle et vitu, op. Cit. No 184. P. 234
jean pradel , droit pénal général , Paris . 1994, p. 394

(٣) د/ محمـود نجـيب حسني ، مرجع سابق ،ص٤٧٢– د/ محمد ذكي أبو عامر، الإثبات في المواد الجنائية ، مرجع سابق، ص١٩٩

الوصول إليه ولو بتعذيب المتهم (1) أما اليوم فهو يخضع لقاعدة اقتناع القاضى شـــأنه فـــي ذلك شأن باقي الأدلة وإن كان يعتبر من أدلة الإثبات ذات التأثير القوي في القاضى وأدعاها إلي إتجاهه نحو الإدانة (2) ويشرح القانون الفرنسي القــديم بأنه ما يترتب علي الإعتراف من نتائج في إزالة الشك والحيرة لدي القاضــــى ويجعله يصدر الحكم بالإدانة في طمأنينة مما أدى إلى أن أصبحت المحاكم لا تبحث عن أدلة أخري لإدانة المشتبه فيه .

إلا إنـــه في ظل القانون الجديد وطبقا لنص المادة ٤٢٨أ.ج فرنسي المعدل بالقانون الصادر فى ١٥ يونيو سنه ٢٠٠٠ أصبح الاعتراف متروكا لسلطة القاضى التقديرية شـــأنه شأن باقي الأدلة بحيث يجب عليه طرحه للبحث ومناقشته في كيفية الحصول عليه و أثباته (3) .

ولـــذلك جاء في توصيات المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في روما ســـنة ١٩٥٣ أن الاعتراف لا يعد من الأدلة القانونية، ولكن ذلك لا يهدر من قيمته إذا أطمئن القاضى من صحته وكان مؤيدا بأدلة أخري .

الفرع الثاني
أركـــان الإعـــتراف

أركان الإعتراف هي العناصر اللازمة لوجوده. وللإعتراف أركان أربعة هي.

---

(1) فـــي ظـــل القانون الفرنسي القديم كان التعذيب مشروعا وسنت قواعد نظمت أحكامه وبينت كيفـــية مباشرتة ووسائله الخاصة بعد الأخذ بنظام الأدلة القانونية إذا كان يتعين علي القاضى أن يـــستكمل الدليل الناقص باعتراف المتهم مهما كانت وسيلة الحصول عليه أو الآثار الناتجة عليه.

Donnedieu de vabres, Traité de dioit criminel et de legislation penal comparée , paris , p. 581

(2) د/ حـــسن ربيع، مرجع سابق ،ص٨٧٩- د/ حسني جندي، شرح قانون الإجراءات، مرجع سابق، ص١١٠٦

(3) قديماً في القانون الانجيلزي عندما يقر المتهم بأنه مذنب أو مخطئ فهنا لا تحدث أيه إجراءات سوي أن لجنة الحكم تصدر حكمها دون الرجوع إلي المحلفين .

Merle et vitu , Op. Cit , No 184 . p. 234

٢٤٨- أن يصدر من المتهم نفسه:

لم يعرف المشرع المتهم، وإن كان قد استعمل هذا المصطلح في العديد من مـــواد قانون الإجراءات الجنائية ، وأن كان قد أشار إلي شروط اكتسابه هذه الصفة فى مناسبات مختلفة نذكر منها

أ- من يوجد في حالة من حالات التلبس بالجريمة (المادة٣٤)

ب- من توجد ضده دلائل كافية على اتهامه (المادة ٣٥)

ج- مـــن تقـــرر النيابة العامة في مواد الجنح ، المخالفات اعتباره كذلك بناء علي الاســـتدلالات (المادة ٦٣) ولعل ما تضمنته المادة (٢١٤) أكثر من غيرها تعميما (لأنهـــا تنصرف إلى الجنايات والجنح والمخالفات) ومن هذا يتضح أن المشرع اســـتعمل مصطلح متهم في مرحلتى الاستدلالات، والتحقيق الابتدائي [1] وإزاء هذا الوضـــع فقـــد تعـــددت التعريفات الفقهية للمتهم وقيل بأنه " الخصم الذي يوجه إليه الاتهام بواسطة تحريك الدعوى الجنائية ضده " [2].

ويلاحـــظ علـــي هذا التعريف تضيقه من نطاق تعريف المهتم إذ لا تلاحق الـــشخص هذه الصفة في مرحلة جمع الاستدلالات وهوما يصطدم مع مرحلة نص المادتين ١٨ مكرر و ١٨ مكررا (أ) والتي استخدمت كل منها لفظ المتهم .

وقـــد اتجـــه رأي آخر إلي اعتناق تعريف موسع، فعرفه بأنه كل شخص يتم توجيه الإتهـــام إلـــيه من سلطات التحقيق سواء أكانت النيابة العامة أو قاضى التحقيق أو قضاء الإحالة حينما يدخل متهمين آخرين خلاف الواردين بأمر الإحالة .

وهذه القاعدة ليست مطلقة في عموميتها فقد تثبت صفة المتهم في لحظة سابقة علي توجيه الاتهام من سلطات التحقيق [3] .

ومن جانبنا نري أن تحديد المقصود بالمتهم أنما يتوقف في الواقع علي النطاق

---

(١) د/ عبد الفتاح مصطفي الصيفي، مرجع سابق، ص٣٩٣

(٢) د/ أحمد فتحي مرور، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ،ط ٧ ، ص١٣٧ - د/ عوض محمد، الاحكام العامة في قانون الإجراءات الليبى ، المكتب المصري الحديث للنشر، ١٩٦٨، ص١٤٥

(٣) د/ مأمـــون محمد سلامه، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري، مرجع سابق، ط١٩٨٨، ص٢٣٧ - د/سامي صادق الملا ، رسالة سابقة، ص٣٢

الـــذي يجرى فيه هذا التحديد وفي نطاقنا هذا يعد الشخص متهما " كل شخص تـــثور ضـــده شـــبهات حـــول مساهمته في ارتكاب الجريمة موضع الدعوى الجنائية، يستوى أن يكون فاعلاً أم شريكاً " (١).

٢٤٩ـ الشروط المتطلبة في المتهم :ـ

أ) أن يكون شخصاً طبيعياً حياً :

ويتعـــين أن يكـــون المـــتهم إنـــسانا طبيعياً متمتعاً بالحياة فيما عدا مسئولية الأشـــخاص المعنوية جنائيا (٢) وهذا شرط ضروري لإمكان تحقيق موضوع الدعوى الجنائية وهو توقيع العقوبة أو التدبير الاحترازى .

وينبنـــي علي ما سبق إنقضاء الدعوى الجنائية بوفاة المتهم وذلك لأن القاعدة العامة أن العقوبة شخصية بطبيعتها فلا يجوز توقيعها إلا على الجاني وبما أنه قد مات فإن الدعوى بذلك تكون قد انقضت بوفاته (٣) .

ب – أن يكون المتهم معيناً :

ويلـــزم أن يكـــون المتهم معينا تعيينا نافيا للجهالة كأن يكون معينا بذاته أو بصفاته وإذا كان الفقه مستقر علي أنه لا يشترط في مرحلة التحقيق الابتدائي تعيين المتهم (٤).

---

(١) وفي هذا قضت محكمة النقض في تعريف المتهم بأنه " كل من وجهت إليه تهمة من أيه جهة كانت ولو كان هذا التوجيه حاصلا من قيام رجال الضبطية القضائية بمهمة جمع الاستدلالات ---- مادامـــت قـــد حامـــت حوله شبهه أن له ضلعا في ارتكاب الجريمة التي يقوم أولئك الرجال بجمع الاستدلالات عنها.

نقض ١٩٣٤/٦/١١ مجموعة علي القواعد القانونية ، جـ٣ ، رقم ٢٦٤ ، ص٣٤٦ – نقض ١٩٦٦/١١/٢٨، أحكام النقض ، س١٧ ، رقم ٢١٩ ، ص١١٦١

(٢) والفقة مختلف بشأن المسئولية الجنائية للشخص الاعتباري ما بين مؤيد ومعارض أما القضاء فقـــد رفـــض كقاعـــدة عاملـــة مسائلة الشخص المعنوي جنائيا، مما يترتب عليه أن مباشرة الإجراءات الجنائية أنما تكون في مواجهه من اسند إليه ارتكاب الجريمة لا في مواجهه ممثل الشخص المعنوي بصفته -------- د/ عدلى عبد الباقى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المطبعة العالمية ١٩٥١ ، ص ١٦٦

(٣) فهد إبراهيم السبهان ، رسالة سابقة ،ص٤٠

(4) le poittevin (G) code annotés, code d'inslruction criminelle librairie de la sociéte du secueil général des lois et des arréts, 1911 - 1915 , t . 1, art. 1 , No . 328 , p. 34.

وإنمـــا يجــوز مباشـــرة إجراءات التحقيق ولو لم يكن المتهم معروفاً وذلك بقصد الوصول إلي شخصيته إلا انه لا يجوز رفع الدعوى الجنائية علي متهم مجهول لأن الهدف من رفعها المتمثل في إدانته علي أثر اعترافه مستحيلا حال كونه مجهولاً .

جـ) مواجهته بالتهمة المنسوبة إليه:

يــشترط فيمن يوجه إليه الإتهام أمام المحكمة أن يكون قد تم مواجهته بالــتهمة المنــسوبة إليه وتم إفهامه من قبل سلطة التحقيق بالجريمة المنسوبة إليه (١).

فلا يجوز التحقيق مع المتهم علي أنه شاهد ورفع الدعوى عليه علي أنه متهم دون إفهامه ذلك في محضر التحقيق .

ولــذلك يراعي فيمن ترفع عليه الدعوى أن يكون متهما بارتكابه جريمة سواء بــصفته فاعلاً أصلياً أم شريكا. فمأمور الضبط القضائي أو جهة التحقيق حال توجــيه التهمة إلى المتهم أن تتوافر لديها شبهة ارتكاب المتهم للجريمة وهذه الشبهه أساسها توافر الدلائل الكافية (٢).

ء) أن تتوافر لديه الأهلية الإجرائية :

يقصد بالأهلية الإجرائية صلاحية الفرد العادي لاعتباره شخصاً إجرائيا أي لــتخويله مباشـــرة نـــوع معين من أعمال إجرائية أو اعتباره خصما فى الدعوى الجنائية (٣).

ولــذلك يــشترط فيمن توجه إليه النيابة الاتهام أمام المحكمة ألا يكون مصاباً بعاهـــة عقلية وعلي ذلك يجوز توجيه هذا الإتهام إبتداء حتى تتثبت النيابة من أن المـــتهم غير مصاب بمثل هذا فإذا ما تأكد لها أنه مصاب فأنه لا يجوز أن

---

(١) تـــنص المادة ١٢٣ إجراءات جنائية " عند حضور المتهم لأول مرة في التحقيق ، يجب علي المحقـــق أن يتثـــبت مـــن شخصيته ، ثم يحيطه علما بالتهمة المنسوبة إليه ويثبت أقواله في المحضر ------"

(٢) د/ إبراهيم حامد طنطاوي ، الصلح الجنائي ، مرجع سابق ، ص٨٥.

(٣) د/ أحمد فتحي سرور القانون الجنائي الدستوري ، دار الشرق، ٢٠٠١ ص٢٩٩ .

تــرفع النــيابة الدعوى إلي المحكمة ويجب عليها أن تصدر أمراً بأن لا وجه لإقامة الدعوى[1].

وعلــيه يتعين أن تتوافر في المتهم أهلية إجرائية حتي يمكن اتخاذ الإجراءات الجنائــية ضــده وعلــة ذلــك أن الإجــراءات تفترض مشاركة المتهم فيها واستطاعتة إبداء دفاعه كاملاً وهذا لا يتاح للمتهم إلا إذا توافر له قدر أدنى من الإمكانيات الذهنية وإذا كان الجنون أو عاهة العقل القائمة بعد وقوع الجريمة تحول دون القول بتوافر الأهلية الإجرائية في المتهم فإنه يتعين أن توقف كافة الإجــراءات يستوي في هذا أن تكون من قبيل إجراءات الإتهام أو التحقيق أو الإحالة أو المحاكمة [2].

٢٥٠ـ أن يكون موضوع الاعتراف واقعة ذات أهمية :

يتعــين أن يكون موضوع الاعتراف واقعة ذات أهمية فذلك أصل عام في جميع وسائل الإثبات أما ما يصدر عن المتهم في شأن نسبة وصف قانوني معــين إلي الواقعة التي صدرت عنه فهو ليس اعترافاً وإنما هو محض "رأي" فــي الدعــوى ولــيس لــه قوة إثبات [3] ويتعين أن تكون الواقعة موضوع الاعتــراف ذات أهمية في الدعوى وهي تكون كذلك إذا كانت تتصل بارتكاب الجــريمة ونــسبتها إلــي المــتهم ويتعين أن يكون من شأن الواقعة موضوع الإعتراف تقرير مسئولية المتهم أو تشديدها أما ما يقرره المتهم بواقعة أو أكثر

---

(١) تنص المادة ١٣٢١ من التعليمات العامة للنيابات " إذا ثبت أن المتهم بجناية أو جنحة عقوبتها الحــبس مــصاب بمرض عقلي يجعله غير مسئول عن ارتكاب الجريمة المنسوبة إلية طبقاً للحكــم المبــين بالمــادة السابقة ، فيجب علي النيابة عند إصدار الأمر بان لا وجهة لاقامة الدعوى الجنائية أو بالحفظ أن تأمر بإيداع المتهم دار الاستشفاء للصحة العقلية والنفسية ---- ---"

(٢) تــنص المــادة ٣٣٩ /١ من قانون الإجراءات الجنائية على انه إذا ثبت ان المتهم غير قادر علــى الــدفاع عن نفسه بسبب عاهة فى عقله طرآت بعد وقوع الجريمة يوقف رفع الدعوى عليه أو محاكمة حتي يعود إلى رشدة ---- د/ محمد عيد الغريب ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ط ٢، ص٩٥

(٣) د/ محمــود نجــيب حــسني ، مــرجع ســابق ص٤٧٣ – د/ حسني الجندي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص١١٠٨

لهـــا تعلقهـــا بالدعوى وإن كانت غير ذات أهمية كإقراره بالضغينة بينه وبين المجنى عليه، أو بوجوده في محل الحادث قبل وقوعه أو بعده [1] فهذا لا يعد إعترافا ولا يعد كذلك تعهد المتهم بتعويض المجنى عليه أو قيامه بدفع تعويض لـــه فعلا لأن ذلك يكون فيه معني وقاية نفسه مغبة اتخاذ الإجراءات الجنائية ضده. وقضى بأنه لا يصلح إعترافا قول المتهم عند مواجهته بالإتهام الموجه ضـــده " هذا حظى" فقد يكون تعبيراً من المتهم عن سوء حظه في التحقيق أو الإتهـــام أو المحاكمة [2] فالإعتراف يجب أن ينصب علي الواقعة الإجرامية ذاتهـــا كمـــا يتعين أن يرد علي الركن المعنوي المصاحب لها فلا يعد اعترافا تسليم المتهم بواقعة ضبط سلاح بدون ترخيص في حيازته أو ضبط مخدر فى حيازته إذا كان يتمسك أن أحداً قد دس له هذا السلاح أو المخدر [3].

---

(١) نقـــض ١٩٥٢/٦/١٠، احكـــام النقض ، س٣ ، رقم ٤٠٣ ، ص١٠٧٦- نقض ٥٩/١٠/١٢ احكام النقض ، س١٠، رقم ١٦٧، ص٧٨٦ - نقض ٧٢/١١/٥ ، س٢٢ ، رقم ٢٣٥ ، ص ١١٢١

(٢) د/ عبد الرعوف مهدي ، مرجع سابق، ص١٢٨٧ - د/ سامى صادق الملا ، رسالة سابقة ، ص ١٩٦

(٣) نقـــض ١٩٦٠/٥/١٠ احكام النقض ، س١١ ، رقم ٨٥ ، ص٤٤١- كما قضى " بأن إقرار الطاعن بتحرير آذني الصرف المزورين مع تنصله من التوقيع عليهما لا يعد اعترافا بجريمة التذوير التي دين بها "

نقـــض ١٩٦٤/٤/١٣، احكام النقض ، س١٥، رقم ٥٧، ص٢٨٩ كما قضت بأنه لما كان يتبين مـــن الوقائـــع ومؤدي اعتراف الطاعن كما أوردة الحكم أنه يتعامل في النقد الأجنبي وأنه لم يـــتفق مـــع المرشد على أجراء المقاصة إلا على سبيل المزاح حتى يحمله علي شراء النقد الأجنبـــي الذي بحوزته وكانت المحكمة بعد أن أوردت مؤدي اعترافه علي هذا النحو أنتهت فـــي الدلـــيل علي الاعتراف وحده وأخذت به جملة وتفصيلا دون أن تبين سبب أطراحها لما قـــرره من أن هذا الاعتراف غير صادق أو تفصح عما أطمأنت إليه وما لم تطمئن إليه منه ودون أن تقيم الدليل من واقع هذا الاعتراف كما أوردته علي الحقيقة التي استنتجتها منه حتي تستطيع محكمة النقض أن تراقب هذا الاستنتاج وصحته ومن ثم فأن الحكم يكون مشوبا بعيب القـــصور الـــذي يتـــسع له وجه الطعن ١٩٦٨/١٠/٢١ احكام النقض ، س١٩، رقم ١٦٩، ص ٨٥٣.

المطلب الرابع
شروط صحة الإعتراف

٢٥١ـ تقسيم :

للإعتراف الجنائى شروط يجب أن تتوافر حتى يعتد به كدليل من أدلة الإثبات في الدعوى الجنائية وهذه الشروط تتمثل في صدور الإعتراف من المتهم وأن يكون هذا المتهم متمتعا بحرية الإختيار وأن يكون اعترافه صريحا ومطابقا للحقيقة - وهي ذاتها الشروط المتطلبه في الشريعة الإسلامية لصحة الإقرار علي نحو ما سيتبين .

وسنتناول شروط صحة الإعتراف وموقف الشريعة الإسلامية في ثلاثة أفرع :-

الفرع الأول - أن يصدر الإعتراف من المتهم

الفرع الثاني- تمتع المتهم بحرية الإختيار

الفرع الثالث - أن يكون الإعتراف صريحا ومطابقا للحقيقة

الفرع الأول
أن يصدر الإعتراف من المتهم

٢٥٢ـ إقرار المتهم بنفسه بالجريمة :

يشترط أن يكون الاعتراف بارتكاب الجريمة صادراً من المتهم علي نفسه بأنه هو الذي ارتكب الجريمة وقد سبق وأن تعرضنا لمفهوم المتهم فنحيل إلى ما سبق.

٢٥٣ـ موقف الشريعة الإسلامية :

سبق وأن بينا أن الإقرار هو الإعتراف بما يوجب حقا علي قائله سواء كان ذلك يتضمن مالاً أو عقوبة كحد وقصاص ويؤاخذ المكلف غير المحجور بإقراره في الصحة مطلقا لمن كان أهلا للإقرار ، هذا إذا أقر طائعا ، غير مكره ولم يكذبه

المقــر لـــه [١] وعلـــيه يتبين أنه يشترط في المقر العقل فلا يصح إقرار المجنون والـــصبي الـــذي لا يعقل أما البلوغ فليس بشرط فيصح إقرار الصبي العاقل بالدين والعـــين لأن ذلك من ضرورات التجارة إلا أنه لا يصح إقرار المحجور عليه لأنه من التصرفات الضارة المحضة من حيث الظاهر والقبول من المأذون للتجارة وأما الحرية فليست بشرط لصحة الإقرار فيصح إقرار العبد المأذون بالدين والعين وكذا بالحـــدود والقـــصاص [٢] . أمـــا في مجال الحدود فتلغي الشريعة الإسلامية إقرار الـــصبي فإذ أقر الصغير لا يقبل إقراره ولا يلزمه شئ من هذا الإقرار لعدم تكليفه ورفـــع القلم عنه ولأن سبب وجوب الحد هو الجناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية فإقراره كعدمه [٣]

إقرار المريض : إذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته فدين الصحة مقدم على دين المرض ، وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل - ويذهب آخر – أن الإقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال إستيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث [٤].

إقرار المجنون والسكران : لا تعـــتد الشريعة الإسلامية بإقرار المجنون لأنها تري أنه زائل العقل مرفوع عنه التكليف ومن ثم فلا يؤخذ بإقراره [٥] مصداقا لحديث رسول الله – صلي الله عليه وسلم – عندما جاءه ماعز يعترف بالزنا ويكرر اعتـــرافه فسأل صلي الله عليه وسلم هل به جنون أو هو شارب خمر وأمر من يشم رائحـــته وجعـــل يستفـــسره عن الزنا فقال له" لعلك قبلت أو غمزت؟ " وفي رواية أخري " هل ضاجعتها " قال نعم قال " فهل باشرتها؟ " قال نعم قال " هل جامعتها ؟ " قال نعم ، قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال تدري

---

(١) تبين المسالك ، مرجع سابق ، ص٧٨.

(٢). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع مرجع سابق ، حـ٧، ص٢٢٢ – البناية في شرح الهداية، مرجع سابق ، جـ٨، ص٥٣٧.

(٣)مغنى المحتاج ، مرجع سابق ، حـ ٣ ، ص ٢٦٨.

(٤) البناية فى شرح الهداية ، مرجع سابق،ص ٥٧٨ – تحفة الفقهاء ، مرجع سابق حـ ٣ ، ص ٢٠٢ – المحلى ، مرجع سابق ، دار الآفاق العربية ، حـ ٨ ، ص ٢٥٥ .

(٥) الشرح الكبير، مرجع سابق ، حـ٥ ، ص٤٣٢.

ما الزنا ؟ قال نعم أتيت منها حراما ما يأتى الرجل من أمرأته حلالا - قال ما تريد بهـذا القـول؟ قال تطهرني فأمر به فرجم فدل ذلك علي استبعاد الإقرار في وجود الـسكر والجنون سؤال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل به جنون أو هو شارب خمر وأمر من يشم رائحته (١).

أمـا إقرار السكران : فذهب أبو حنيفة إلي أن المقر الذي أقر وهو سكران يجب التفرقة بين ما إذا تناول هذا المسكر غير محظور أى خطأ أو لضرورة وبين ما إذا تناوله وهو محظور أي في غير حالات الضرورة والخطأ.

ففي الحالة الأولي لا يؤخذ بإقراره إلا إذا أعاده بعد زوال عارض السكر . وفي الحالة الثانية يؤخذ بإقراره كنوع من الزجر له لأنه ارتكب معصية وهو عالم بها وإن كان يفرق بين الإقرار في حد من حدود الله وبين الإقرار في حد من حدود العباد ففى الحد الأول لا يؤخذ بإقراره وفي الحد الثاني يؤخذ بإقراره .

أمـا الـشافعي فقد ذهب إلى نفس الرأي دون التفرقة بين أنواع الحدود فقال بالأخذ بالإقرار في حالة السكر عن علم تغليظاً وزجراً (٢).

الفرع الثاني
تمتع المتهم بحرية الاختيار

٢٥٤ـ ماهيته حرية الاختيار:

الاعتـراف سـلوك إنـساني ، والقاعدة أنه لا يعتبر سلوكاً إلا ما كان يجد مـصدرا فـي الإرادة . ويتعين لكي يكون الاعتراف صحيحا ومنتجا لآثاره - أن

---

(١) اسـنى المطالب، مرجع سابق ، حــ٤ ، ص١٣١ - سبل السلام شرح بلوغ المرام ، مرجع سابق، حــ٤ ، ص١٣

(٢) بـيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فالمسقط له أنواع منها الرجوع عن الإقرار والشرب والسكر لانـه يحـتمل أن يكون صادقا في الرجوع وهو الإنكار ويحتمل أن يكون كاذبا فيه فإذا كان صادقا في الإنكار يكون كاذبا في الإقرار وأن كان كاذبا فى الإنكار يكون صادقا في الإقرار فيورث شبهه في ظهور الحد والحدود لا تستوى مع الشبهات ---- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، حــ٧ ، ص٦١ - حاشية الشهاب الرملى ، مرجع سابق ، حــ٣ ، ص٢٨٣.

يـصدر عـن شخص حر ومتمتع بحرية الاختيار أى أن يكون ثمرة بواعث ذاتية للمتهم [1] وهذا هو ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من الدستور المصري والتي تنص علي أن " ---- وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأه شئ ممـا تقـدم أوالتهديد بشيء منه يهدر ولا يعول عليه " كما قرر المشرع في المادة (٣٠٢) من قانون الإجراءات الجنائية هذا الشرط بقوله" ---- وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة الإذلال أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه" وهو ما جري عليه قضاء النقض" أن الاعتراف الذي يعول عليه كدليل إثبات في الدعوى يجب أن يكون اختياريا صادرا عن إرادة حرة --- [2] وتنتفى الحرية عن الإعتراف - ولا يصح التعويل عليه ولو كان صادقا في الأحوال الآتية.

I- إذا كـان ولـيد إكـراه مادي كالتعذيب أو العنف أو الأذى واستعمال الوسائل العلمية الحديثة كعقاقير الحقيقة وجهاز كشف الكذب ------ألخ [3].

II- إذا صدر عن المتهم تحت تأثير الإكراه المعنوى كالتهديد بشر، وتحليفه اليمين أو الخوف الناتج عن إجراء غير مشروع أو التشهير به [4].

---

(١) د/ محمود نجيب حسني ، مرجع سابق، ص٤٧٦ – د/ الرءوف مهدي ، مرجع سابق ، ص ١٢٩٥– د/ حـسني الجندي ، أحكام الدفع ببطلان الاعتراف في ضوء محكمة النقض ، دار النهـضة العـربية ، ط١، ١٩٩٠ ، ص ٢٥ – د/ حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١١١٣ .

(٢) د/ خالد محمد القاضي، من روائع الأدب القضائي ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٢ ، ص١٦٤

نقض ١٩٨٠/٦/١٦ ، احكام النقض ، س٣١ ، رقم ١٥٤، ص٨٠٠ – نقض ١٩٨٣/٦/٢ ، س٣٤، رقم ١٤٦، ص٧٣٠

(٣) وتطبـيقا لهـذا قضت محكمة النقض " الاعتراف الذي يعول عليه كدليل إثبات في الدعوى يجـب أن يكون اختياريا صادرا عن إرادة حره فلا يصح التعويل على الاعتراف – ولو كان صادقا– متى كان وليد اكراه كائنا ما كان قدره " ١٩٨٠/٦/١٦، احكام النقص ، س٣١ ، رقم ١٥٤ ، ص٨٠٠ – ١٩٨١/١١/١، س٣٢، رقم ١٣٧ ، ص٧٩٥ ١٩٨٣/٢/٢٣، س٣٤، رقم ٥٣ ، ص٢٧٤

(٤) د/ رءوف عبـيد، مـبادئ الإجراءات الجنائية ، ط١٣، مرجع سابق ،ص ٥٩٠ – د/ حسن ربـيع ، مرجع سابق، ص٧٨٠ – د/ جلال ثروت ، نظم الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص٥١٧ – د/ مـدحت رمضان، مرجع سابق ، ص٣٠٠ وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض بأن " التهديد والخوف يعيبان حرية الاعتراف".

١٩٧٠/٦/٢٢، احكام النقض، س٢١ ، رقم ٢١٤ ، ص٩٠٥ – نقض ٧٩/٣/١٥، س٣٠ ، رقم ٧١، ص٣٤٦ ١٩٨٣/٦/٢، س٣٤ ، رقم ١٤٦، ص٧٣٠ – نقض ١٩٨٦/١/٢٢ ، س٣٧ ، رقم٢٥ ، ص١١٤.

جـ- إذا صدر تحت تأثير التدليس والخداع - مثال ذلك إيهام المتهم بوجود أدله معينة [1].

ء- الـوعد والاستيعاد والإغراء يعد قرين الإكراه والتهديد متي كان تأثيره علي حرية المتهم في الاختيار بين الإنكار والإقرار، يؤدي إلي حمله علي الاعتقاد بأنه قد يجنى من وراء الإعتراف فائدة [2].

وبالبـناء علـي ذلك فإن الاعتراف - كمصدر للحقيقة - الناتج عن أي من البـنود السابقة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً بحيث لا يجوز التنازل عنه، كما لا يسوغ افتـراض صـحته ولو رضى من يؤثر عليه أو هدد به بذلك ويتعين علي المحكمة متي استشعرت عدم نزاهة الدليل أن تقضى ببطلانه من تلقاء نفسها [3].

---

(١) د/ سامي الملا، رسالة سابقة ، ص٢٠٣
وتطبـيقا لهذا قضت محكمة النقض " إذا كان الحكم – مع تسليمة بأن ضابط الشرطة المتهم بالقـبض علي ذوية و اقارية ، وبأن اعتراف المتهم لم يصدر آلا بعد هذا التهديد – قد اعتمد فـي ادانته علي هذا الاعتراف وحده، ولم يورد دليلاً من شأنه ان يؤدى إذا ما ذهب إليه من اعتبار هذا الاعتراف صحيحاً سوي ما قاله من أن المتهم ليس ممن يتأثرون بالتهديد لأنه من المشبوهين فأنه يكون قاصراً --------"
نقـض ١٩٤٣/٣/٢٢، مجموعة القواعد القانونية ، حـ٣ ، رقم ١٣٧، ص٢٠٣ في حين أن الاعتـراف يعـد اختياريا وتلقائيا إذا صدر بعد التهديد أو الوعد غير متأثر به فإذا وعد أحد أربـاب الـسلطة المتهمة بالحصول له علي عفو من رئيس الدولة ثم نفى هذا الوعد مسئول أخـر من رباب السلطة بحيث عرف المتهم أنه ليس هناك عفو وأدلى بعد ذلك اعتراف فأن هذا الاعتراف يكون مقبول ---- د/ محي الدين عوض مرجع سابق، ص٦٢٢.

(٢) يقصد بالوعيد في مجال الاعتراف، الضغط الموجه لارادة شخص متهم بتوجيهها إلي سلوك معين وهو الاعتراف بإرتكاب الجريمة وقد ينصب هذا الضغط علي شخص المتهم أو ماليه. والعبـرة فى التهديد الذى يعتد به هو فيما ينتج عن هذا التهديد من تخويف المتهم فيقوم بتنفيذ ما يطلب منه مقابل دفع التهديد .
Faustin Hélre , traité de linstruction criminellé , 2ème éd , paris 1866, p. 178.
عدلي خليل، اعتراف المتهم، ص٦٨

(٣) د/ أحمـد فتحي سرور ، الوجيز، مرجع سابق، ص٤٤٥، د/ عمر الفاروق ، مرجع سابق، ص٢٨٣ – د/ حاتم بكار، رسالة سابقة ، ص ٥٨.

٢٥٥ـ أثر القبض والتفتيش علي الاعتراف :ـ

كثيراً ما يختلط الأمر بصدد الاعتراف الذي يعقب تفتيشا باطلا بحيث يتعين معرفة ما إذا كان الإعتراف مستقلا عن التفتيش الباطل أم غير مستقل عنه.

ولقد وضعت محكمة النقض المصرية عدداً من الضوابط تعين علي بيان كون الاعتراف مستقلا عن التفتيش أو القبض الباطلين وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي :-

أولاً :- أن يجئ الإعتراف بارتكاب الجريمة أمام جهة أخري غير تلك التى باشرت التفتيش الباطل ، كأن يعترف المتهم أمام النيابة أو المحكمة [١].

ثانيا: أن يجئ اعتراف المتهم بعد مباشرة التفتيش الباطل بفترة من الوقت بحيث يمكن القول بأن هذا الاعتراف صدر مستقلا عن التفتيش الباطل غير متأثر به وأن المتهم حين اعترف أراد أن يعترف [٢] وعموماً فإن تقدير مدى صلة الإعتراف بالتفتيش الباطل من شأن محكمة الموضوع تقدره حسبما يتكشف من ظروف الدعوى وملابساتها [٣] فلا يكفى أن يوجد تفتيش باطل حتى يكون الاعتراف باطلا بل ينبغى أن يكون اعتراف المتهم متأثراً بالتفتيش الباطل حتي يمكن القول ببطلانه ،إعمالا لقاعدة أن ما بنى علي باطل فهو باطل.

ولاشك أن القبض أو الحبس يمثلان وجها من وجوه الإكراه المادي الواقع علي المتهم لأن فيه تعطيلاً لحرية جسمه في حركته فينطويان علي حرمان المتهم من حقه في الحرية ولذلك، فإنه إذا قبض علي المتهم أو حبس بدون وجه حق

---

(٤) نقض ١٩٦٢/٢/٢٦، احكام النقض ، س١٣، رقم ١٨٧، ص٧٦٧ – نقض ٧٣/١٢/١٦، س ٢٤ رقم٢٥٠، ص١٢٣٣- نقض ١٩٨٢/٤/٢٠، س٣٣، رقم ١٠٤، ص٥١٣- نقض ٤/١/ ١٩٨٣ ، س٣٤، رقم ٤ ، ص٣٦

(١) نقض ١٩٥٧/٤/٢٩، احكام النقض، س٨، رقم ١٢٠، ص٤٣٨- نقض ١٩٥٨/٥/٥ ، س٩، رقم ١٢٣، ص٤٥٠- نقض ١٩٦٢/١٠/٢٢، س١٣ رقم ١٦٤، ص٦٦٠- نقض ٢٣/٥/ ١٩٦٦ ، س١٧، رقم ١١٩، ص٦٥٨

(٢) نقض ١٩٥٣/٣/١٧ ، أحكام النقض ، س٤، رقم ٢٣٢، ص٦٣٨- نقض ١٩٥٥/١٠/١٠، س٦ ، رقم ٣٥٣، ص ١٢١٠- نقض ١٩٧٥/٥/٦ ، س٨، رقم ١٢٣، ص٤٦٦ – نقض ٣٣ /٩١/١ ، س٤٢، رقم ٢١ ، ص١٧٥- ٩٣ /٧/١٢ ، س٤٤، رقم ١٠٥، ص٦٦٧.

فاعتــرف أثـناء هــذا القبض أو الحبس الباطل فإن هذا الإعتراف يشوبه البطلان حتما (١).

أمـــا إذا كان وجود المتهم في السجن تنفيذاً لأمر قبض فالأمر يختلف إذ قد يكون وجود المتهم في السجن فعلاً هو الباعث أو المحرك له على الإعتراف خاصة إذا كان رجال الشرطة قد اتصلوا به أثناء حبسه بالمخالفة للمادة ٧٧ من القانون رقم ٣٧٦ لسنه ١٩٥٦ في شأن تنظيم السجون والتي يجرى نصها بأن " لا يسمح لأحد رجال الشرطة بالإتصال بالمحبوس إحتياطيا داخل السجن إلا بإذن كتابى من النيابة العامــة " ولا شــك أن الغرض من هذا الحظر هو سد ذريعة التأثير علي المتهمين ومنع مظنة إكراههم علي الإعتراف وهم في قبضة السلطة العامة (٢) ولا يشترط في الإكــراه الذي يكون سببا فى الإعتراف أن يكون واقعا من المحقق أو بعلمه بقصد الحصول علي الإعتراف . فالإكراه يفسد الإعتراف أيا كان الشخص الذي أوقعه ولو لم يكن القصد منه الحصول علي الاعتراف إذ العبرة دائما بحدوث تأثير على إرادة المتهم من وقوع هذا الإكراه عليه بصرف النظر عن المقاصد (٣).

---

(١) وتطبـيقا لهـذا قضيت محكمة النقض أن بطلان القبض يترتب عليه عدم التعويل في الإدانة علي الدليل المترتب عليه أو المستمد منه .... نقض ١٩٧٣/٤/٩ ، أحكام النقض ، س ٢٤، رقم ١٠٥، ص٥٠٦

إمـــا إذا كان القبض أو الحبس قد اتخذ بناء علي أمر قانوني من الجهة التي تملكه واعترف المــتهم أثناءه فالأصل فيه أن يكون الاعتراف صحيحا. فأذا كان اعترف المتهم قد وقع أثناء وجود المتهم في السجن تنفيذاً لحكم قضائي صادر ضده. فاعترافه صحيح وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض بأنه من المقرر" أن الاعتراف الذي يعول عليه يجب أن يكون اختياريا ويعتبر الاعتــراف غير اختيارى وبالتالى غير مقبول إذا حصل تحت تأثير التهديد او الخوف، وانما يجــب أن يكون التهديد أو الخوف وليد أمر غير مشروع فلا يكفى التزرع بوجود المقر فى الـسجن تنفيذا لحكم صدر ضده حتى يتحلل من اقراره متي كان حبسة قد وقع صحيحا وفقا للقانون"

نقض ١٩٦٢/١٠/١٦،أحكام النقض ، س١٣، رقم ١٥٨، ص٦٣٧

(٢) نقض ١٩٧٥/٦/٢٢، أحكام النقض ، س٢١ ، رقم ٢١٤، ص٩٠٥

(٣) وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض" أن حسن نية المحقق وتجرده عن قصد حمل الطاعن علي الاعتراف لا يعنى فى هذا المقام شئ – نقض ١٩٤٩/١٢/٢٦ ، منشور بمجلة المحاماه السنة الـثلاثون العـددان الخـامس والسادس ، ص ٧١٤ ، رقم ٣٤٨ – نقض ١٩٤٩/١٢/٢٢ ، منـشور بمجلـة المحامـاه الـسنة الثلاثون العددان الثالث والرابع ، رقم ٢٥٤ ، ص ٤٦٤ .... ومشار اليه د/ عبد الرعوف مهدى ، مرجع سابق ، ص ١٢٩٨ .

٢٥٦- أثر حضور رجال الشرطة أثناء التحقيق :

قـد يحـدث أن يدلي المتهم باعترافه بارتكاب الجريمة في محضر تحقيق النـيابة العامـة ثم يعود فيعدل عن هذا الاعتراف ويتمسك ببطلان ما أدلي به من اعتـراف لأنه صدر منه تحت تأثير الإكراه المعنوي ذلك أن ضباط الشرطة كانوا حاضرين أثناء سؤاله في تحقيق النيابة الأمر الذي أحدث في نفسه الرهبة والخوف فلـم يكـن اعترافه بناءاً على إرادة حرة . فقد قضت محكمة النقض قاعدة تفيد أن حضور ضباط الشرطة تحقيق النيابة لا يؤثر علي حرية المتهم في الدفاع [١] وذهب رأي - بحق - أن ما انتهت إليه محكمتنا العليا علي إطلاقه محل نظر إذ ليست هناك أية ضمانات للمتهم تحول دون أن يكون فى حضور الضابط التحقيق ما يبعث فعلاً الـرهبة والخـوف في نفس المتهم مما يجعله يعترف بجريمة لم يرتكبها خوفا من الـتعذيب الذي ينتظره من رجال الشرطة إذا هو أنكر خاصة إذا كان قد سبق وأن نسبوا إليه الإعتراف في محاضرهم [٢].

وقـد حـذت محكمـة النقض في أحكامها الحديثة من قسوة القاعدة السابقة وأفصحت عن قصورها لإمكان أن يحدث وجود رجل الشرطة أثناء التحقيق إكراها علي المتهم فتحفظت في أحكامها بقولها ما لم يثبت أمام محكمة الموضوع أن وجود الضابط قد استطال إلى المتهم بأي أذى مادياً كان أو معنوياً [٣].

٢٥٧- عبء إثبات صدور الاعتراف بحرية كاملة:

الأصـل أن المكلـف بإقامة الدليل علي وقوع الجريمة ونسبتها إلي شخص محـدد هـي النيابة العامة وهذا نتيجة للمبدأ السائد في أغلب التشريعات وهو مبدأ

---

(١) نقص ١٩٧٣/١١/١٣، احكام النقض ، س٢٤ ، رقم ٢٠٨ ، ص٩٩٩- نقض ١٩٨١/٤/١٦ ، س٣٢، رقم ٦٣، ص٣٥٠

(٢) د/ عـبد الـرءوف مهـدي، مـرجع سـابق، ص١٣٠٢- د/ حسني الجندى ، شرح قانون الإجراءات ، مرجع سابق ، ص١١١٥

(٣) قـضت المحكمـة العليا الكندية بأن مجرد حضور الضابط - الذى اعترف امامه المتهم أثر القـبض علـيه - أثـناء التحقيق دون أن يصدر منه اى تصرف يعتبر تهديدا للمتهم مفسدا لاعترافه الصادر في هذا التحقيق

Memtenrov. R. 1951, 12 C.R. 228, 101 C.C.C. 312

أشار إليه د/ سامى الملأ ، مرجع سابق، ص١٠٧.

قـرينة البراءة ، وفحوى هذا المبدأ أن المتهم برئ حتى تثبت إدانته قانونا بمحاكمة عادلة تكفل له فيها كل الضمانات الضرورية للدفاع عن نفسه [1].

ومـن أهـم نتائج هذا المبدأ هو تطلب الإقناع اليقيني للقاضي الجنائي للحكـم بالإدانـة ولا يمـاري أحد في التسليم بأن الإقناع اليقيني للقاضي هو الـضمانة الحقيقـية لـضبط ميزان العدالة الذي تثقل إحدى كفتيه بمبدأ حرية الإثـبات الجنائي [2] وتنوء الآخرى بمبدأ الأصل في الإنسان البراءة بحسبانه الأسـاس الذي تتركز عليه سائر مفترضات حق المتهم في المحاكمة العادلة . وبلـوغا لهذا اليقين يتعين علي القاضي الجنائي أن يزن كل دليل علي حدة ، ولـه أن يهدر أي دليل مهما كانت قيمته ما لم يطمئن إليه إذ لا يصح أن يبنى حكم صحيح بالإدانة أو البراءة علي دليل باطل في القانون [3] وبناء عليه فإنه يـشترط علـي النـيابة العامة الأمينة علي الدعوى وممثلة للمجتمع أن تثبت للمحكمة أن الإعتراف صحيح وصادر عن إرادة حرة لم ينال منها أي نوع من أنـواع التأثيـر وهـذا هـو الأصل في الإعتراف - أما إذا دفع المتهم بأن الإعتراف الصادر منه كان تحت وطأة إكراه نتيجة تهديد أو وعيد فعلى النيابة العامـة هـنا إثبات عدم صحة هذا الدفع وهذا إستثناء من القاعدة العامة التي تقضى بأن صاحب الدفع يصبح مدعيا وعليه إثبات صحة دفعه [4].

---

(١) يقـول بكاريا: " أن كل مجتمع متمدين يبتغي عليه أن يقيم قرينة قانونية للبراءة في صالح المتهم مهما كانـت الأدلـة المقدمـة ضـده كما أن هذه القرينة ينبغى استفادة المتهم بها طيلة إجراءات التحقيق والمحاكمة وحتي صيرورة الحكم الصادر بالادانة نهائيا

Beccaria, Des delits et des paines traduction Franc, aise . ed, flammanion, 1979. P. 72 et. s.

- د/ حاتم بكار، رسالة سابقة ، ص٦٠

(٢) تـنص المادة ٣٠٢ إجراءات جنائية " يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته---"

(٣) نقض ١٩٦٥/١/٢٥، أحكام النقض ، س١٦ ، رقم ٢١، ص٨٧ - نقض ١٩٧٠/٦/١٤ ، س٢١ ، رقم ٢٠٦ ، ص ٨٧٤.

(٤) وتطبـيقا لهـذا قـضت محكمـة النقض " أنه يتعين علي المحكمة الاستئنافية وقد دفع أمامها ببطلان الاعتـراف وقـدم لها الدليل من وجود إصابات بالطاعن أن تتولي تحقيق دفاعه وتبحث هذا الإكراه وسـببه وعلاقـته بالأقوال التي قيل بصدورها عنه، أما وقد نكلت عن ذلك فأن حكمها يكون قاصراً متعينا رفضه .

نقـض ١٩٦٥/٣/٢٩ ، أحكام النقض ، س١٦، رقم ٦٤ ، ص٢٩٨ - نقض ١٩٧٠/٦/١٤ ، س٢١ ،رقم ٢٠٦، ص٨٧٤- نقـض ١٩٧٢/٦/١١، س٢٣ ، رقم ٢٠٣، ص٩٠٦ - نقض ٧٤/٤/١٤ ، س٢٥، رقم ٨٧ ، ص٤٠٨ .

- نقـض١٩٧٥/٦/١٢، س٢٦، رقـم ١٢٣، ص٥١٨- نقض ٧٦ /١/٢٥ ، س٢٧، رقم١٩، ص٩٠ - نقـض٧٩/٥/٢٧، س٣٠، رقـم ١٢٩، ص٦١٠ - نقض ٨٣/٢/١٦، س٣٤ ، رقم ٤٦، ص٢٤٤ - نقض ٨٦/١/٢٢، س٣٧، رقم ٢٥ ، ص١١٤.

٢٥٨ـ موقف الشريعة الإسلامية :

لا تقبل الشريعة الإسلامية الإقرار إذا كان المقر مكرها وذلك لانتفاء الاختيار فيلزم لقبول الإقرار أن يكون عن طواعية واختيار ، ويستدل فقهاء الشريعة الإسلامية على هذا الشرط بقول الله سبحانه وتعالى (من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) (١) وفى تفسير هذا أخبر تعالى عمن كفر به بعد الإيمان والتبصر وشرح صدره بالكفر واطمأن به أنه قد غضب عليهم لعلمهم بالإيمان ثم عدولهم عنه وأن لهم عذاباً عظيما فى الدار الآخرة لأنهم استحبوا الحياة الدنيا على الآخرة . وأما قوله (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) فهو استثناء ممن كفر بلسانه ووافق المشركين بلفظ مكرها لما نال من ضرب وأذى وقلبه يأبى ما يقول وهو مطمئن بالله ورسوله (٢).

وقال رسول الله ـصلى الله عليه وسلم . " رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" (٣) .

فالإقرار المختار يتوافر معه الصدق أما إذا أكره فإن إقراره يغلب على الظن أنه قصد بإقراره دفع ضرر الإكراه ولذلك لا يقبل إقراره ولا يترتب عليه عقاب (٤).

أما إذا أقر بعد إخلاء سبيله أو بعد زوال سبب الإكراه وهو مختار بما سبق أن أقره وهو مكره فإن إقراره صحيح ويعتد به (٥).

---

(١) سورة النحل الاية (١٠٦٠)

(٢) إبن كثير، مرجع سابق ، ص٥٦٨

(٣) قال القرطبى : لما سمع الله – عز وجل – بالكفر به وهو اصل الشريعة عند الإكراه ، ولم يؤخذ به ، حمل العلماء عليه فروع الشريعة كلها ، فاذا وقع الاكراه عليها لم يؤخذ به ولم يترتب عليه حكم ...... السيد سابق ، مرجع سابق ، حـ٤، ص٢٥٥

(٤) د/ محمد عادل احمد ، السرقة الحدية فى الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه " جامعة القاهرة " ١٩٨٦،ص٨٧١

(٥) المغنى ، مرجع سابق ، جـ٥ ، ص٢٧٣

الفرع الثالث
أن يكون الاعتراف صريحا ومطابقا للحقيقة

٢٥٩ـ دلالة الإعتراف على إرتكاب الجريمة :-

يلـــزم أن يكون إقرار المتهم على نفسه صريحاً لا يحتمل تأويلا في ارتكابه للـــواقعة المسندة إليه فلا يجوز استنتاج الاعتراف ولو من مقدمات تنتجه فى العقل والمـــنطق بهذه المقدمات مهما كانت دلالتها لا ترقى إلى مرتبة الاعتراف الذى لابد وان يكون صريحا [(١)].

ويـــشترط بالإضافة للصراحة والوضوح أن يطابق الاعتراف الحقيقة أى ليس كاذبا جاء نتيجة اى واقع آخر خلاف الحقيقة

ولا يـــشترط أن يصاغ الإعتراف بعبارات معينة حيث قضت محكمة النقض بأنه " لا يلزم لوضوح الاعتراف استعمال عبارات معينة فى صيغة الاعتراف ، بل يكفى أن تحمل أقوال المتهم معنى الإعتراف بشكل لا يحتمل التأويل [(٢)].

واشتراط أن يكون الاعتراف إراديا يقتضى أن يكون التعبير عن هذه الإرادة واضحا لا لبس فيه ولا غموض [(٣)] فإذا كان التعبير عن الإرادة غامضا ، دل ذلك على عدم توافر الإرادة الظاهرة فى الإعتراف [(٤)] حيث أن قانون الإجراءات الجنائية يقف عند حد تعبير الظاهر للإرادة ولا يدخل فى النوايا ومن ثم فهو يرتب آثاره القانونية على الإرادة الظاهـــرة فـــى العمل الإجرائى دون الإرادة الباطنة - فيمتنع على القاضى الـــبحث فى نوايا المتهم عما إذا كان قد قصد الإعتراف أم لم يقصده، وعندما يكون الإعتراف واضحاً لا غموض فيه أو غامضاً غير واضح [(٥)].

---

(١) وفـــى هـــذا قضت محكمة النقض " اذا تضمنت اقوال المتهم بعض الوقائع التى يجوز عقلا ومـــنطقاً تجمـــيعها فتفـــيد ارتكابه الجريمة لا يعد هذا اعترفا منه ... ١٩٧٧/٣/٢٨ ، احكام النقض ، س٢٨ ، رقم ٨٤ ، ص٣٩٣

د/ حـــسن ربـــيع ، مرجع سابق ، ص٧٨٢ – د/ محمد زكى ابو عامر ، الاثبات فى المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص٢٠٢

(٢) نقض ١٩٦٢/٤/١٠ ، أحكام النقض ، س١٣ ، رقم ٨٣ ، ص٣٣٢

(٣) عدلى خليل ، مرجع سابق ، ص١٣٤

(٤) د/ سامى الملا ، مرجع سابق ، ص٣٨٩

(٥) د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، مرجع سابق ، ص ٢٤٩

وإذا كـــان الإعتـــراف يخضع في صحته وتقدير قيمته في الإثبات لاقتناع القاضـــي واطمئنان إلى صدقه ومطابقته للحقيقة والواقع إلا أن عليه أن يتحرز في قبوله حيث أنه من المقرر أنه لا يصح تأثيم إنسان ولو بناء على إعترافه بلسانه أو بكتابـــته متـــى كان مخالفا للحقيقة والواقع (١) ويحدث في الحياة العملية أن يصدر إعترافات من بعض الأشخاص الإبرياء الذين يزجون بأنفسهم في قفص الإتهام تحت تأثيـــر عـــوامل متعددة قد تكون الرغبه في تخلص المجرم الحقيقي بدافع المحبة او يكون الإعتراف بدافع الرغبة في التخلص من حياته أو بدافع الزهو والافتخار فمثل هـــذه الإعتـــرافات تدعـــو إلى الحذر من الأخذ بها، وعلى القاضي أن يتحرى عن نصيب الاعتراف من الصحة .

٢٦٠ـ موقف الشريعة الإسلامية :

أما بيان أنواع المقر به فهو نوعان في الأصل : حقوق الله تعالى ، والثاني حقوق العباد أما حقوق الله تعالى - فنوعين :

أحـــدهما - أن يكـــون خالصا لله : كحد الشرب ، والزنا ، والسرقة - والإقرار به صـــحيح مـــن الحر والعبد ولو رجع المقر عن ذلك ، قبل الاستيفاء : بطل الحد ، لاحـــتمال الصدق في الرجوع فأورث شبهة ويكتفى فى ذلك بالإقرار مرة واحدة إلا في الزنا : فإنه يشترط أربع مرات ، لحديث ماعز بخلاف العباسي (٢).

وأما حقوق العباد - فأنواع منها - القصاص و الدية ومنها . الأموال ومنها - الطلاق والعتق وحق الشفعة .... ونحو ذلك .

---

(١) نقـــض ١٩٦٢/١٢/١٨ ، أحكام النقض ، س ١٣ ، رقم ٢٠٨ ، ص ٨٦٣ - نقض ١٩٦٥/١٢/٢٠ ، س ١٦ ، رقم ١٨٠ ، ص ٩٤٥

(٢) أمـــا الاستدلال بالقياس على شهادة الذنا فإنه لما اعتبر فيه أربعة شهور اعتبر في إقراره أن يكون أربع مرات ففي غاية الفساد لانه يلزم من ذلك ان يعتبر في الإقرار بالأموال والحقوق أن يكون مرتين لان الشهادة في ذلك لابد ان تكون من رجلين ، ولا يكفي فيها الرجل الواحد ، والـــلازم باطل باجماع المسلمين فالملزوم مثله وإذ قد تقرر لك عدم اشتراط الأربع عرفت عدم اشتراط ما ذهبت إليه الحنفية والقاسمية من أن الأربع لا تكفي أن تكون في مجلس واحد بـــل لابد ان تكون في أربعة مجالس ، لان تعدد الامكنة فرع تعدد الإقرار الواقع فيها وإذا لم يشترط في الأصل تبعه الفرع في ذلك ... نيل الاوطار ، مرجع سابق ، ص ٢٩٨ سنن ابي داود ، مرجع سابق ص ٢٩٧ .

أما إقرار الحر بالمال ، صحيح كيفما كان سواء كان بالمال المقر به عينا أو ديـنا وسواء كان معلوما أو مجهولا ، وعلة البيان . فجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقـرار ، وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة والقضاء ، لأنه لا يمكن القضاء بالمجهول ، فأما فى الإقرار فيؤمر بالبيان والقول قول - بيانه :-

-إذا أقـر أنـه " غـصب من فلان مالا " أو " لفلان عليه شئ أو حق " فإنه يؤمر بالبيان [1].

فـى الغـصب إذا قـال " غصبت منه شيئا " - فتبين ما لا قيمة له ، بأن قال " غـصبت منه صبيا حراً صغيرا " أو " خمراً لمسلم " أو " جلد ميتة " يصدق ، لأن هذا مما يغصب عادة - وهكذا يتبين أن الشريعة طلبت فى الإعتراف الوضوح وعدم التجهيل بالشئ المقر به وهذا ما ثبت فى قضية ماعز واستفسار الرسول عن كيفية حصول الواقعة

المطلب الخامس
آثر الإكراه على الدليل المتحصل

٢٦١ـ تمهيد وتقسيم :

مع التسليم بحرية القاضى الجنائى فى تقدير القيمة الإقناعية لما يعرض عليه من أدلـة فـى كل حالة حسبما يستفاد من وقائع كل دعوى وظروفها إذ لم يملى عليه المـشرع حجية معينه للدليل بل جعل تقدير الأدلة من شأن قاضى الموضوع وحده دون رقابـة عليه فى ذلك من محكمة النقض[2] إلا أنه يشترط فى الدليل الذى يعتمد

---

(١) تحفـة الفقهـاء ، مرجع سابق ، ص ١٩٥ - الاشباة والنظائر ، مرجع سابق ، ص ٢٥٤ - بدائـع الـصنائع فى ترتيب الشرائع ، مرجع سابق ، حـ ٧ ، ص ٢٢٣ - البناية فى شرح الهداية ، مرجع سابق ، ص ٥٣٩

(٢) وتطبـيقها لهـذا قضت محكمة النقض " الأصل فى المحاكمات الجنائية . اقناع القاضى بناء على الادلة المطروحة عليه . له تكوين عقيدته من اى دليل او قرينة يرتاح إليها . ما لم يقيده القانـون بدليل معين " نقض ٩٧/١/٢٣ ، احكام النقض ، س ٤٨ ، رقم ٢٠ ، ص ١٣٩ - نقض ٩٨/٢/٨ ، س ٤٩ ، رقم ٢٨ ، ص ١٨٨ - نقض ٩٨/٢/١٦ ، رقم ٣٨ ، ص ٢٥٢ - نقض ٩٨/٣/٢٥ ، رقم ٦٢ ص ٤٧٩.

علـيه القاضي في تكوين اقتناعه أن يكون مشروعاً أى تم الحصول عليه من خلال إجـراءات مـشروعة وقد حسم المشرع فى المادة (٣٣٦) من قانون الإجراءات الجنائـية المـصرى النتـيجة المتـرتبة على عدم مشروعية الإجراء ، وذلك بعدم مشروعية الدليل حيث تنص على إنه " إذا تقرر بطلان أى إجراء فإنه يتناول جميع الآثار التى تترتب عليه مباشرة ويلزم أعادته متى أمكن ذلك " (٢) ويشترط أن يصدر الدلـيل عن إرادة حرة غير معيبة ، ومن ثم يبطل الدليل إذا كان الحصول عليه قد تولد عن إكراه سواء كان ماديا أو معنويا ويقصد بصدور الدليل عن إرادة حرة هو أن يأتـى الدليل دون أى اعتداء على إرادة المتهم أو من يهمه أمره ، بحيث تكون طريقة الحصول على الدليل خالية من أى عيب يشوب تلك الإرادة (٣) .

لذا ستكون دراستنا فى هذا المطلب فى الاتى :

الفرع الأول – تعريف الدليل وأهميته

الفرع الثانى – أثر الدليل المستمد من الإكراه

كمـا انـه من المقرر ان " الجدل فى تقدير الدليل من سلطة محكمة الموضوع وهو من اطلاقاتها التـى لا يجوز مصادرتها فيها لدى محكمة النقض ... " – نقض ٩٨/١/١٤ ، س ٤٩ ، رقم ١٤ ، ص ٩٦ – نقض ٩٨/١/١٨ ، رقم ١٥ ، ص١٠٠ – نقض ٩٨/٥/٣ ، رقم ٨١ ، ص ٦٢٢ – نقض ٩٨/١١/٢٣ ، رقم ١٩٠ ، ص ١٣٣٥ .

(٢) وقـد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على انه " لا يترتب على بطلان الإجراء ...... بطلان الإجراءات اللاحقة ما لم تكن مبنية عليه "

(٣) مـبدأ الـشرعية الإجرائية هو الذى يحكم بتنظيم الإجراءات التى تتخذ قبل المتهم وذلك على نحـو يضمن احترام الحقوق والحريات الفردية فهذه القاعدة تعنى ضرورة اتفاق الإجراء مع القـواعد القانونـية والأنظمـة الثابتة فى وجدان المجتمع ، فهى لا تقتصر فقط على مجرد المطابقـة مـع القاعـدة القانونية التى ينص عليها المشرع بل يجب مراعاه إعلانات حقوق الإنـسان والمواثيق والاتفاقات الدولية وقواعد النظام العام وحسن الآداب السائدة فى المجتمع بالإضافة إلى المبادئ التى استقرت عليها محكمة النقض ... د/ احمد ضياء الدين ، مشروعية الدليل ، مرجع سابق ، ص ٤٥٢ د/ محمد السعيد عبد الفتاح ، رسالة سابقة ، ص ٢٩٦ .

الفرع الأول
التعريف بالدليل الجنائى وأهميته

٢٦٢ـ الدليل فى اللغة :

يعـــرف الدليل فى اللغة بأنه ما يستدل به ، والدليل : الدال أيضا ، وقد علـــى الطريق يدله بالضم ، قال أبو عبيد : الدال قريب المعنى من الهدى وهما فى الـــسكينة والـــوقار فـــى الهيئة والمنظر وغير ذلك[١] وفى اللغة وهو المرشد ، وما يستدل به والجمع أدلة ودلالات .

٢٦٣ـ الدليل اصطلاحا :

تعـــددت تعريفات الفقة الجنائى للدليل : عرفه رأى بأنه " استنتاج واقعة من واقعة أخرى على سبيل الاحتمال والإمكان "[٢].

عرفه آخر بأنه " الوسيلة التى يستعين بها القاضى للوصول إلى الحقيقة التى ينـــشدها . والمقـــصود بالحقيقة التى ينشدها . والمقصود بالحقيقة هو كل ما يتعلق بالوقائـــع المعروضـــة عليه لأعمال حكم القانون عليها[٣] ويرى ثالث أن الدليل هو الواقعة المعروضة على عين العقل للإقناع بان واقعة أخرى (الواقعة الإجرامية أو أحـــد عناصرها) قد حصلت أو لم تحصل لعلاقتها الوثيقة بها والتى تدل على هذا الحصول أو عدمه كواقعة رؤية شاهد للجانى وهو يقتل فهى دليل على حصول القتل إذا اقتنع القاضى بحصولها [٤].

ويعرفه أخير بأنه " كل وسيلة مرخص بها أو جائزة قانونا لإثبات وجود أو عدم وجود الواقعة المرتكبة ، ومدى صحتها " [٥].

---

(١) مختار الصحاح ، مرجع سابق ، ص ٢٠٩

(٢) د/ عبد الرءوف المهدى ، مرجع سابق ، ص ١٣٧٩

(٣) د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ٣٧٣

(٤) د/ محمـــد محـــى الـــدين عوض ، قانون الإجراءات القانونية السودانى معلقا عليها ، مرجع سابق، ص ٦١١

(5)Merle et vitu, Op. Cit , p. 128

٢٦٤ـ الدليل فى الفقه الإسلامى :

الدلـــيل فى اصطلاح الشرعيين هو " ما يلزم من العلم به العلم بشئ آخره فإذا أعلم المدعى القاضى بحجيته على دعواه ، لزم من علم القاضى بتلك الحجة مع اقتـــناعه بها علمه بصدق دعوى المدعى فيما ادعاه والحكم له به[1] ويستخدم لفظ " الدليل " فى الاصطلاح الشرعى بمعنى "البينة " والتى تعنى الحجة أو البرهان ، فمن المتفق علية أن البينة اسم لكل ما يبين الحق وان كان هناك رأيان فى الفقه الاسلامى فـــى معنـــى البيـــنة الأول يعطى للبينة معنى عاما يندرج تحته كل دليل يبين الحق ونظيره ، بينما الأخر يحدد لكلمة البينة معنى خاصاً ويقصرها على شهادة الشهود[2]

٢٦٥ـ أهمية الدليل الجنائى :

إذا كـــان الهدف الرئيسى للخصومة الجنائية هو الكشف عن الحقيقة المادية ولمـــا كـــان القاضـــى لا يكتفى بما يقدمه الخصوم من أدلة متفق عليها فإن الدليل تتضاعف فى هذه الحالة أهميته ، ويتركز اهتمام القاضى فى جمعه وفحصه وتقديره ، ولهـــذا نصت المادة (٢٩١) إجراءات مصرى على أن للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها ، اثناء نظر الدعوى ، بتقديم أى دليل تراه لازما لظهور الحقيقة ، ولها بمقتضى المادة ٢٩٢ ولو من تلقاء نفسها أن تعين خبيرا واحدا أو اكثر فى الدعوى ، وان تأمـــر – بمقتـــضى المادة ٢٩٣ ولو من تلقاء نفسها كذلك ، بإعلان الخبراء

---

(١) وفى الفرق بين الأدلة والعلل والأسباب والحجج فى موارد الشرع .
أمـــا الأدلة : فتقدم فى مقدمه الكتاب إنها قسمان : أدلة مشروعة الأحكام ، وهى سبعة عشر مـــنها : الكـــتاب والسنة والاجماع والقياس و .... وأدلة وقوعها ، وهى غير متناهية لانها وقوع أسبابها وشروطها وانتفاء موانعها ، فأدلة الزوال من الرخامات وموازين الشمس وغيرها وأدلة المشروعية يتقدم فيها المجتهد ، ثم الأوصاف المنصوبة التى دلت عليها الأدلة التى هى ادلة المشروعية ، منها معقول الحكمة ، والاقتيات للربا ، فهذه علل ، وتارة لا تعقل حكمـــتها كالـــزوال ، وأوقات الصلوات ، فهذه أسباب ، ثم إذا دلت الأدلة ، وتقرر السبب ، والحكم وعلته
إقرار حجج – فالحجج متأخرة الرتبة عن الجمع والأدلة متقدمة على الجمع والأسباب والعلل متوســـطة متأخـــرة عـــن الأدلة ومقدمة على الحجج ...... الذخيرة ، شهاب الدين أحمد بن ادريس ، مرجع سابق ، ص ٨٦ .

(٢) د/ احمـــد إبـــراهيم ، طرق الإثبات الشرعية ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، ١٩٤٣ ، ع ١ ، ص ١

ليقدموا ايضاحات بالجلسة عن التقارير المقدمة منهم فى التحقيق الابتدائى او أمام المحكمة وإذا تعذر تحقيق دليل أمام المحكمة ، جاز لها أن تندب أحد أعضائها أو قاضيا أخر لتحقيقه (المادة ٢٩٤)

ومن المسلم أن المحكمة متى رأت أن الفصل فى الدعوى يتطلب تحقيق دليل بعينه فان عليها تحقيقه مادام ذلك ممكنا [١].

هذا وقد اصبح للدليل الجنائى أهميه كبرى فى نطاق السياسة الجنائية حيث تهدف هذه السياسة إلى تقدير الجزاء الذى يتلاءم مع شخص المتهم لذا أصبح من الواجب عند البحث عن الدليل ألا يراعى فقط الهدف المتعلق بإثبات وقوع الجريمة ومدى نسبتها للمتهم بل أيضا بيان ظروف ارتكابها وظروف المتهم وملامحه الشخصية ومدى خطورته الإجرامية[٢].

وخلاصة القول أن الأدلة هى المصدر المطلق لاقتناع القاضى الجنائى حيث تعتبر مدخلا للتعرف على الحقيقة[٣].

---

(١) وتطبيقا لهذا قضت محكمة النقض " أن تحقيق أدلة الإدانة فى المواد الجنائية لا يصح ان يكون رهينا بمشيئة المتهم فى الدعوى الجنائية " نقض ١٩٧٨/٤/٢٤ ، أحكام النقض ، س ٢٩ ، رقم ٨٤ ، ص ٤٤٢
كما قضت " لمحكمة الموضوع أن تفصل فى الدعوى الجنائية التى هى أساس الدعوى المدنية من غير أن تستنفذ وسائل التحقيق الممكنة ، ولا ينبغى لها أن تحيل الدعوى المدنية على المحكمة المختصة بمقولة إن الأمر يحتاج إلى إجراءات وتحقيقات يضيق عنها نطاق الدعوى، ذلك بأن نطاق الدعوى الجنائية لا يمكن ان يضيق عن تحقيق موضوعها والفصل فيها على أساس التحقيق الذى تم " نقض ١٩٥٧/٣/٥ ، أحكام النقض ، س ٥ ، رقم ١٩٠، ص ٥٥٩.

(٢) وفى هذا قضت محكمة النقض " إن احوال الجريمة لا تنصب فقط على مجرد وقائع الدعوى وانما تتناول كل ما يتعلق بماديات العمل الاجرامى فى حد ذاتية وبشخص المجرم الذى ارتكب هذا العمل وبحق من وقعت عليه الجريمة وكذلك كل ما أحاط ذلك العمل ومحتكبه والمجنى عليه من الملابسات والظروف بلا استثناء . وهو ما اصطلح على تسويته بالظروف المادية والظروف الشخصية . وهى المجموعة المكونة من تلك الملابسات والظروف التى ليس فى الاستطاعة بيانها ولا حصرها والتى تترك لمطلق تقدير القاضى" نقض ١٩٤٣/٨/١، احكام النقص، س٤، رقم ١٩١، ص ٣٣٥ – نقض ١٩٦٤/١٠/٥، س ١٥، رقم ٢١٠، ٥٥٩

(٣) ومن هذه الأدلة :- الشهادة ، الاعتراف ، القرائن ، الدلائل ، الكتابة . وهذه بدورها لها مصادرها الأساسية من استجواب او ضبط أو تفتيش أو معاينة رجال الخبرة ، ولما كان للقاضى أن يستقى اقتناعه من اى دليل مطروح فى الدعوى ومرخص به قانونا وأنه لا تعقيب عليه فى اختياره أو اقتناعه ، وإن طلب منه تسبيب هذا الاختيار للدليل أو هذا الرفض ، إلا انه لا تعقيب عليه فى اقتناعه حيث هو يتجه بحكم العقل الذاتى للقاضى .... د/ أحمد ابو القاسم ، رسالة سابقة ، ص ١٤٦.

والصلة بين الدليل والجريمة تكون دائما بصورة مباشرة وهى النقطة الحاسمة فى قيامها او عدم قيامها كما ان القاضى الجنائى الذى يقوم بالبحث والتحرى عن ادله الواقعة هو الذى يكون علاقة إما مباشرة كما فى حالة المعاينة ، والتفتيش والاستجواب والاعتراف حيث تقع كل هذه الأمور تحت سمعه وبصره ، أو غير مباشرة لأنها تصل إلى إدراكه عن طريق الغير ، إذن يمكن تقسيم الدليل من حيث علاقته مع القاضى لا مع المجرم أو الجريمة إلى مباشر أو غير مباشر[1] .

الفرع الثانى
قيمة الدليل المستمد من الإكراه

٢٦٦ـ موقف التشريعات من الدليل الباطل :

لا تهتم التشريعات فى النظم القانونية المقارنة بصفة عامة ، بوضع نظرية عامة لمشروعية الدليل الجنائى بل أن تلك النظم تختلف فيما بينها فى تقدير القيمة القانونية للدليل المشروع [2] وقد أورد الدستور المصرى الصادر سنه ١٩٧١ نصوصاً تتضمن ضمانات إجرائية لصيانة الحقوق والحريات هى المواد ١٧، ١٩ ،

---

(١) د/ رمسيس بهنان ، الإجراءات الجنائية تأصيلا وتحليلا ، مرجع سابق ، حـ ٢ ، ط ٧٨ ، ص ٢٣٢ – د/ محمد ذكى ابو عامر ، الإثبات فى المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٢٠

(٢) يخضع الإثبات الجنائى لثلاث أنظمة وهى أولا :- نظام الأدلة القانونية يقوم هذا النظام على تنظيم الإثبات وفقا لشروط قانونية يحددها القانون سلفا ، حيث يقيد القاضى الجنائى بأدلة معينة يحظر عليه أن يقبل أدلة غيرها . كما يحدد القيمة القانونية للدليل إذا توافرت له شروط معينة ويقتصر دور القاضى الجنائى على مجرد التحقيق من وجودها .

ثانيا:- نظام الاقتناع القضائى :- ويقوم هذا النظام على الاعتراف بالحرية لاطراف الخصومة – من ناحية – فى تقديم الدليل المناسب لاثبات الدعوى ، كما يترك للقاضى الحرية – من ناحية أخرى – فى قبول الدليل ، ويكون له سلطة تقديره .

ثالثا :- نظام الأدلة العلمية – ويقوم على الاستعانة بالأساليب العلمية الحديثة فى إثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم .... د/ هلالى عبد اللاه ، النظرية العامة فى الإثبات فى المواد الجنائية " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه " حقوق القاهرة " ، ١٩٨٤ ، ص ٩٣ – د/ حسنى الجندى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٠٢٦ .

٢٧ ، ٤١ ، ٤٢ ، ٤٤ ، ٧١ ، ومـــن ثـــم فان مخالفة هذه النصوص فى تحصيل الدليل الجنائى يصم هذا الدليل بعدم المشروعية (١).

فــشرعية الإثــبات الجنائى تستلزم عدم قبول أى دليل يكون البحث عنه أو الحــصول عليه قد تم بطريقة غير مشروعة فحرية القاضى الجنائى فى الإثبات لا تعنى أن يجرى البحث عن الدليل أو الحصول عليه بأية طريقة كائنة ما كانت ، بل إن هــذا البحث مقيد باحترام " حقوق الدفاع " من جهة وقيم العدالة وأخلاقياتها من جهة أخرى " ومقتضيات الحفاظ على كرامة الإنسان " من جهة أخيرة ، وهو ما لا يمكــن أن يتأتى إلا إذا كان البحث عن الدليل قد تم باستخدام إجراءات مشروعة (٢)

---

(١) ومـــع ذلك فشرط مشروعية الدليل لازم فقط فى حالة الإدانة أما البراءة فيمكن ان تستند فيها المحكمة الى دليل استمد من إجراء باطل وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض " أن المشروعية ليست بشرط واجب فى دليل البراءة ذلك بان من المبادئ الأساسية فى الإجراءات الجنائية أن كــل متهم يتمتع بقرينه البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم نهائى وانه إلى أن يصدر هذا الحكم له الحرية الكاملة فى اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه فى الدعوى وما تحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية ، وقد قام على هدى هذه المبادئ حق المتهم فى الدفاع عن نفسه واصبح حقاً مقدساً يعلو على حقوق الهيئة الاجتماعية التى لا يضيرها تبرئة مذنب بقدر ما يؤذيها ويؤذى العدالة معا إدانة برئ " نقض ١٩٦٥/٥/٢٥ ، أحكام النقض ، س ١٦ ، رقم ٢١ ، ص ٨٧ ...... د/ مأمون محمد سلامة ، قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه ، مرجع سابق ، ص ٨٥٩ – د/ حسنى الجــندى ، مــرجع ســابق ، ص ١٠٤٣ فى حين يذهب آخر إلى أن هذا القضاء محل نظر لمخالفــة لمبدأ شرعية الدليل فى المواد الجنائية والمدنية سواء والذى يعد تطبيقا مباشرا لنص المــادة ٣٣٦ اجراءات جنائية – ثم انه ليس للقضاء ان يقر قاعدة الغاية تبرر الوسيلة كمبدأ قانونـــى صحيح .... د/ رءوف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية ، مرجع سابق ، ط ١٣ ، ص ٦٢٣ .

(٢) الأصــل أن الجرائم على اختلاف أنواعها – إلا ما استثنى منها بنص خاصة – جائز إثباتها لكافــة الطرق القانونية . نقض ٩٨/٣/٢ ، احكام النقض ، س ٤٩ ، رقم ٤٧ ، ص ٣٠٠ – نقض ٩٨/١١/٢٣ ، رقم ١٩٠ ، ص ١٣٣٥

cass crim, 10 janv 1974 . B. n0 18 . crim 24 janv. 1973 . D. 1973 . 340 cass crim , 1971 . J. G. P. 1971 . IV. P. 108 .

ويجــرى القــضاء الفرنــسى أيضا أن القانون الذى يحد طرق الإثبات المقبولة فى بعض المواد اســتثناء لا يحول دون إمكانية قبول غيرها من الأدلة ما لم يكن قد صرح فى صلبه صراحة باستبعاد غيرها من طرق الإثبات .

cass crim. 29 juil. 1926 . S. 1928 . 134
cass crim. 18 déc 1962 . B. n0 377

ومـن هنا فان الطرق غير المشروعة les métodes illégales للتحقيق يترتب عليها حـتما عـدم مشروعية الدليل المستمد منها وعدم قبوله فى الإثبات الجنائى من ثم (ومـنها اسـتخدام التعذيب البدنى والإكراه المعنوى وسائر صنوف الاعتداء على كـرامة الجسد . وتحريض الشرطة أو استفزازاتها ، والاستجواب المطول والتنويم المغناطيسي و ....) [1].

٢٦٧ـ موقف الشريعة الإسلامية :

يعتبر مبدأ درء الحدود بالشبهات من أهم القواعد الفقهية التى ترتبط بموضع هذا المبحث ويجد هذا المبدأ سنده فيما روى (عن ابى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله علية واله وسلم "ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدافعا " رواه ابن ماجه)[2]

وما روى عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ادرء الحدود عن المـسلمين مـا استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة [3] .

فالـشبهة فى الاصطلاح تعرف بأنها " الحال التى يكون عليها المرتكب أو تكون بموضوع الارتكاب ويكون معها المرتكب معزورا فى ارتكابها أو يعد معذورا عذرا يسقط الحد ويستبدل به عقاب دونه على حسب ما يرى الحاكم [4].

ومـبدأ درء الحـدود بالشبهات ، من المبادئ العامة التى تسيطر على نظام الإثبات الجنائـى فـى الشريعة الإسلامية ، وهو على هذا النحو قاعدة أساسية تحتم تفسير الـشبهة لصالح المتهم لأنها لا تكفى لدحض أصل البراءة المتوفرة فيه وللأصل فى

---

cass crim . 23 janv 1962 . B. n0 54

(١) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٤٤١ – د/ محمد زكى ابو عامر ، الاثبات فى المواد الجنائية ، مرجع سابق ، ص ١٤٢

(٢) نيل الاوطار شرح منتقى الأخيار ، مرجع سابق ، ص ٣٠٦

(٣) الجامع الصحيح ، مرجع سابق ، جـ ٤ ، ص ٣٣

(٤) محمد ابو زهرة ، العقوبة ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢

اعتــبار الشبهة درئه للحد حملة من الأحاديث والآثار المروية عن النبى صلى الله عليه وسلم - وعن الصحابة رضوان الله تعالى عنهم (١).

٢٦٨ـ موقف الفقهاء من هذا المبدأ :

١-**الرأى الأول** :- ويضم فقهاء المذاهب الأربعة ويرون الأخذ بهذا المبدأ ويقرون أن الآمال مندوب إلى الاحتيال لدرء الحد وتلقين المقر الرجوع وذلك قياسيا على ما ورد عــن ابى هريرة قال " جاء ماعز الإسلامى إلى رسول الله صلى الله عليه واله وسلم فقال : إنه قد زنى فاعرض عنه ، ثم جاءه من شقه الآخر فقال :إنه قد زنى ، فاعرض عنه ، ثم جاءه من شقه الآخر فقال : ، رسول الله انه قد زنى فامر به فى الرابعة فأخرج إلى الحرة فرجم بالحجارة ، فلما وجد مس الحجارة فر يشتد حتى مر برجل معه لحى جمل فضربه به وضربه الناس حتى مات ، فذكروا ذلك لرسول الله صــلى الله علــيه وسلم أنه فرحين وجد مس الحجارة ومس الموت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هلا تركتموه (٢).

---

(١) (وان شــهد اربعــة على رجل : انه زنا بامرأة فشهد اربعة اخرون على الشهود : انهم هم الزناه بها : لم يحد المشهود عليه . وهل يحد الشهود الاولون حد الذنى ؟ على روايتين)
إحــدهما : يحــد الــشهود الاولون للزنى . وهو الصحيح من المذهب...... واختاره ابو بكر -
والثانية : لا يحدون للزنى . اختاره ابو الخطاب .
- قــوله (وان حملــت من لا زوج لها ، ولا سيد : لم تحد بذلك بمجرده) - وهو ظاهر قــصه عمر رضى الله عنه ...... قال عمر رضى الله عنه " الرجم واجب على كل من زنـــى مـــن الــرجال والنــساء إذا كان محصنا ، إذا قامت البينة ، او كان الحبل ، أو الاعتراف " ... الأنصاف ، مرجع سابق ، حــ ١٠ ، ص ١٩٩ .
وبطرح السؤال الاتى :
هل يثبت الحد بالحبل ؟
ذهــب جمهــور الفقهاء إلى أن مجرد الحبل لا يثبت به الحد ، بل لا بد من الاعتراف أو البينة ، واستدلوا على هذا بالأحاديث الواردة فى درء الحدود بالشبهات .
وعن على - رضى الله عنه - انه قال لامرأة حبلى : استكرهت ؟ قالت : لا . قال : فلعل رجلا اتاك فى نومك .
قالوا : وروى الإثبات عن عمر ، انه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم ، وان رجلا طرقها ولم تدر من هو بعد .
وأمــا مالــك واصحابه ، فقالوا : إذا حملت المرأة ولم يعلم لها زوج ، ولم يعلم أنها أكرهت فأنها تحــد . قالوا : فإن ادعت الإكراه . فلا بد من الإثبات بأمارة تدل على استكراها ...... سيد سابق ، مرجع سابق ، حــ ٣ ، ص ١٧٣ .
(٢) نيل الاوطار شرح منتقى الأخيار ، مرجع سابق ، حــ ٧ ، ص ٣٠٢.

٢-الرأي الثانى :-

ويـــرى إنكار مبدأ درء الحدود بالشبهات ويمثلها أصحاب الظاهرى ، فانهم لا يـــؤيدون إعمـــال قاعدة درء الحدود بالشبهات ويرون فيها مبدأ خطيراً يمكن أن يـــذهب بفاعلية نظام الحدود ، ولذلك فإن الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة ولا أن تقام بـــشبهة وإنما هو الحق لله تعالى ولا مزيد فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة لقـــول رسول الله صلى الله عليه وسلم - "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم علـــيكم حرام"[١] وإذا ثبت الحد لم يحل أن يبدأ بشبهه لقول الله تعالى: " ...... تلك حدود الله فلا تعتدوها " [٢].

ويرد ابن حزم على القائلين بهذا المبدأ بقوله " فنظرنا منه فوجدنا من طرق ليس فيها عن النبي - صلى الله عليه وسلم - نص ولا كلمة ، وإنما هى من الصحابة مـــن طـــرق كلها الأخير فيها فقد روى عن "عمر بن الخطاب وعن أبن مسعود " إدرءوا الحـــدود ما استطعتم " وعن ابى هريرة "ادفعوا الحدود ما وجدتم مدافعا " . وعـــن عمـــر بن الخطاب وابن مسعود " ادرءو الحدود عن عباد الله ، الحدود فيها شـــبهة عليكم " وقد شكك ابن حزم فى هذه الرواية وخلص إلى القول " فاللفظ الذى تعلقوا به ساقط لأنه لم يصدر عن صاحب ولا تابع بسند صحيح " ، وأن هذا اللفظ أن استعمل أدى إلى أبطال الحدود جملة [٣].

وبعد عرض وجهات النظر هذه فإن الراجح الذى أجمع عليه فقهاء الأمصار هـــو العمل بها وأن الأحاديث الدالة على المبدأ هى صالحة للاستدلال إذ أن بعضها صـــحيح وبعضها حسن وكون بعضها موقوفاً لا يعتبر قادحاً فى الاحتجاج به لأن الموقوف فى مثل هذا له حكم الرفع [٤].

ومـــن إجمالـــى ما سبق نجد أن مبدأ شرعية الدليل فى الشريعة الإسلامية والتحـــرز فى قبوله يتلاقى وشرعية الدليل فى النظم الوضعية ، لكن تجدر الإشارة إلى أن ما جاء فى الشريعة قد سجل قبل أن ينادى به الفلاسفة فى أوربا باثنى عشر قرنا من الزمان .

---

(١) الاشباه والنظائر ، مرجع سابق ، ص ٢٢٧
(٢) سورة البقرة الاية (٢٩٩)
(٣) المحلى ، مرجع سابق ، جـــ ١١ ، ص ١٥٣
(٤) نـــيل الاوطـــار فـــى شـــرح منتقى الاخيار ، مرجع سابق ، جـــ ٧ ، ص ٨٧ - د/ أحمد ابو القاسم ، مرجع سابق ، ص ٢٧٧

الخاتمة والتوصيات

بهـذا نكـون قد انتهينا من دراستنا لموضوع " النظرية العامة للإكراه فى القانـون الجنائـى " وقـد حاولت بجهدى المتواضع الإلمام بجوانب ومشكلات هذا الموضـوع خاصة الهام منها متخذاً من الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات محلاً للمقارنة فى كل جزئية رأيت فيها ضرورة لذلك .

ولـن تكون الخاتمة تكراراً لما سبق وعرضناه من موضوعات ، ففى ذلك تكـرار لا مبرر له ، بالإضافة إلى إيماننا بأن اى تلخيص لا يمكن أن يفى أو يغنى عمـا سلف مـن دراسة تحليلية ولذلك نقتصر فى هذا المجال على وضع الحلول المقترحة والتى تتمثل فى وضع تصور للتعديلات الواجب إجراؤها لمواجهة النقص أو القصور فى التشريع والتى يتركز أهمها فيما يلى :-

أولا :- هناك سبق تاريخى أحرزته الشريعة الإسلامية فى مجال نظرية الإكراه والتى تجد أساسها فى نصوص القرآن الكريم وكذلك فى السنة النبوية الشريفة مما يجعلهـا أبدية لا تقبل حذفاً ولا تعديلاً ولا تغييراً . فهى بحق شريعة الخالق ولـيس من حق بشر كائنا من كان أن يعطلها أو يعتدى عليها حيث تفردت بـنظامها الجنائـى الإسـلامى المتكامل الذى سبق كل الحضارات لذا فهى الأولى بالتطبيق .

ثانيا :- ضـرورة تدخل المشرع الجنائى والنص على الإكراه وصوره ، فلا تكفى أحكام المادة (٦١ عقوبات) التى تتحدث عن الضرورة للقياس عليها وتطبيق أحكامها ، وذلك لما يعترى التطبيق من صعوبة وتضارب فى أحكام القضاء لذا فالنص على الإكراه وصوره هو السبيل لمنع هذا التضارب ولقد كان للشريعة الإسلامية السبق فى هذا الأمر حيث كان الوضوح والتمييز بين نوعى الإكراه واضحا منذ نشأتها .

ثالثا :- تعـديل المادة (٦١ عقوبات) والتى أقتصرت على الاعتداد بالخطر الذى يهدد النفس دون

المـــال فى حين أن الفرد كثيراً ما يعلق على ماله أهمية تفوق أهمية بعض الحقوق المتصلة بشخصه خاصة إذا كانت له قيمه كبيرة الأمر الذى يجوز معه أن يكون للخطر الذى يهدد المال له تأثير على إرادة الفاعل يفوق أحيانا التأثيـــر الذى يحدثه الخطر المهدد للنفس ومن ثم يتعين أن يتضمن التعديل المال بجانب النفس.

رابعا :- مراعاة الحدود المميزة بين العناصر المكونة للجريمة وبين تلك التى تعتبر ظروفا مغيرة

لجسامتها ولهذه التفرقة أهمية كبرى فى تحديد وصف الجريمة أى فى تقسيم الجـــرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات فكل عنصر يؤدى إلى تغيير وصف الجريمة يعتبر عنصرا مكونا لها، بينما يقتصر أثر الظروف على تشديد أو تخفـــيف العقـــوبة المقررة لنفس نوع الجريمة كما أن التفرقة بين العناصر المكونة والظروف أهمية فى تحديد الإجراءات الواجبة الاتباع وذلك حسب التفصيل المبين فى المادتين ١١ ، ٣٠٨ من قانون الإجراءات الجنائية .

وعلى ذلك نرى وجوب النص على الظروف العامة المشددة مع تحديد أثرها فى عقوبات الجرائم فى نصوص متتالية فى القسم العام من قانون العقوبات بدلاً من ذكـــرها متفرقة وهو اتجاه لا يتعارض مع النص على ظروف خاصة تلحق بعض الجرائم .

خامساً :- إخـــضاع أعمـــال جمـــع الاستدلالات وتحرير محاضرها لقواعد وشروط تتضمن صحتها لئلا

تكون عبئا مع أهميتها فى المراحل الأولى للتحقيق . وذلك فى الحالات التى لا يـــوجب القانـــون تحقيقها من قبل سلطة التحقيق الأصلية بشكل ملزم . ولتحقيق ذلك يجب مراعاة الآتى :

١- أعطـــاء الحـــق للمتهم والمجنى عليه وللمدعى بالحق المدنى والمسئول عـــنه ووكلائهـــم الحق فى حضور جميع إجراءات جمع الاستدلالات والاطلاع على الأوراق المثبتة لتلك الإجراءات إذا كانت قد بوشرت فى غيبتهم .

٢- يسمع مأمور الضبط القضائى شهادة الشهود الذين يطلب الخصوم سماعهم مالم يــر عــدم فائــدة ذلك وعليه أن يسمع كل شاهد على حدة وان يواجه الشهود بعــضهم ببعض وأن يضع مأمور الضبط القضائى إمضاءه على الشهادة وكذا الشاهد فإذا امتنع اثبت ذلك فى المحضر مع ذكر الأسباب .

٣- مــنح مأمــور الضبط القضائى فى مواد المخالفات والجنح سلطة إصدار أمر بضبط الشاهد وإحضاره متى دعى للحضور أمامه ولكنه رفض الامتثال .

٤- ضرورة التدخل التشريعى بوجوب النص على حضور مدافع للمشتبه فيه خلال هذه المرحلة .

٥- الــنص صــراحة علــى ألا يجوز تحرير محاضر جمع الاستدلالات بمعرفة مساعدى مأمور الضبط القضائى وذلك صونا لحريات الأفراد .

وعلــة حصر هذه السلطة فى مواد الجنح والمخالفات ان النيابة العامة تستطيع رفع الدعوى الجنائية فى هذه المواد بناء على محضر جمع الاستدلالات .

سادسا :ـ وضع تنظيم يكفل حصر الاستيقاف فى إطاره الصحيح بحيث تبين حالاته ومن له سلطة

مباشــرته ونــرى ألا تقــل رتبه من يباشره عن درجة معينة حيث تشير الممارسة العملية إلى استيقاف الأشخاص واقتيادهم عنوة إلى مركز الشرطة وتقييد حرياتهم دون سند من القانون.

سابعا :ـ تعــديل المــادة ٣٥ إجراءات جنائية بحيث تتضمن المقصود بالإجراءات التحفظية المشار

إلــيها، ولــتكن اســتبقاء المــتهم لمدة محددة على أن يثبت احتجازه بدفتر مخــصص لــذلك ويرســل بعد ذلك فورا إلى النيابة العامة المختصة عقب صدور أمرها بالقبض عليه .

ثامنا :ـ النص صراحة على حظر ندب مأمور الضبط القضائى لمباشرة التفتيش ليلا ذلك أن مباشرة

هــذا الإجــراء ليلا يتضمن قسوة لا مبرر لها ولا توجد ضرورة لذلك مع امـــتداد نطـــاق الحماية الجنائية إلى كافة الأماكن التى يمارس فيها الإنسان أنـــشطة حرية الفردية المتعددة رغبةً فى تجنب كل إزعاج قد يعكر صفوه ويخدش خصوصياته .

تاسعا :- الـــنص على حظر مباشرة التفتيش فى أماكن الطهارة فى الرجل ومواضع العفة فى المرأة ،

ذلك أن استطالة التفتيش إلى هذه المواضع يشكل إيذاء معنويا لهم وإن كان بداً فله الاستعانة بطبيب ليقوم بإجراء هذا .

عاشرا :- ضرورة تدخل المشرع بالنص على حظر الاستجواب المطول وأن يشمل النص على تحديد

أوقـــات معينة للإستجواب لا يجوز المحقق إجراء الاستجواب على خلافها مـــع حظر استخدام أى وسيلة من شأنها التأثير على إرادة المستجوب مثل استخدام كلاب الأمن والحراسة .

قائمة المراجع

أولاً : باللغة العربية :-

المؤلفات (بترتيب ابجدي مع حفظ الألقاب)

- ابن منظور (محمد بن مكرم بن على جمال الدين ابى الفضل) ، لسان العرب ، دار المعارف
- إبراهيم حامد طنطاوى :
  - جرائم العرض والحياء العام ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤ .
  - شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤ .
  - التعليق على حكمى محكمة النقض (الدائرة الجنائية) ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤ ، رقمى ٨٧٩٢ لسنة ٧٢ ق و ٢٧٣٧٥ لسنة ٧٣ ق .
  - أحكام التجريم والعقاب فى قانون تنظيم الاتصالات ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣ .
  - الصلح الجنائى " دراسة مقارنة" ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ .
  - التحقيق الجنائى من الناحيتين النظرية والعلمية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩ .
  - التحقيق الجنائى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩ .
  - الحبس الاحتياطى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩ .
  - المسئولية الجنائية عن جنايات السرقة والجرائم الملحقة بالسرقة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٨
  - الدفع ببطلان أذن النيابة العامة بالتفتيش ، المكتبة القانونية ، سنة ١٩٩٥ .
  - التلبس بالجريمة وأثره على الحرية الشخصية ، المكتبة القانونية ، سنة ١٩٩٥ .
- ابراهيم عيد نايل :
  - المرشد السرى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠.

- احمد إبراهيم بك :

- طـرق الإثـبات الشرعية " إعداد المستشار واصل علاء الدين أحمد" ، مكتبة رجال القضاء ، سنة ١٩٨٥ .

- ابو بكر الرازنى :

- مختار الصحاح ، دار القرآن الكريم ، بيروت ، بدون بتاريخ .

- احمد عبد العزيز الالفى :

- شرح قانون العقوبات ، سنة ١٩٨٨ .

- احمد شوقى ابو خطوه :-

- قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٤ .
- الأحكام العامة لقانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٩ .

- احمد عوض بلال :-

- قاعـدة اسـتبعاد الأدلة المتحصلة بطريقة غير شرعية فى الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٣ .
- الإجراءات الجنائية المقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ .
- الإثم الجنائى " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٨ .
- علـم العقـاب " النظـرية العامة والتطبيقات " ، دار الثقافة العربية ، سنة ١٩٨٤ .

- احمد فتحى سرور :

- الوسـيط فـى قانـون العقوبات " القسم العام" ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٦ .
- الـشرعية الدسـتورية وحقـوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٣ .
- الوسـيط فـى قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨١ .
- الوسـيط فـى قانـون الإجـراءات الجنائـية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٠ .

- الوسيط فى قانون العقوبات " القسم الخاص " ، الشركة المتحدة للتوزيع والنشر، سنة ١٩٧٩.
- أصـــول قانـــون العقـــوبات " القـــسم العـــام " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٢ .

- احمد ماهر زغلول :
  - الدفاع المعاون ، مكتبة سيد عبد الله ، سنة ١٩٨٦
- إدوار غالى الذهبى :
  - الإجـــراءات الجنائـــية فـــى التشريع المصرى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٠ .
  - جـــرائم المخـــدرات فـــى التـــشريع المصرى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٨ .
- السعيد مصطفى السعيد :
  - الأحكـــام العامـــة فـــى قانـــون العقـــوبات ، دار النهـــضة العربية ، سنة ١٩٨١ .
  - الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، سنة ١٩٦٢ ؛
  - الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، دار المعارف ، سنة ١٩٥٧ .
- أسامة عبد الله قايد :
  - شرح قانون الإجراءات ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣ .
  - حقوق وضمانات المشتبه فيه فى مرحلة الاستدلالات " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ .
- اسامة احمد شوقى :
  - شرح القواعد الإجرائية فى الإثبات ، سنة ١٩٩٧ .
- السيد يسن :
  - دراســـة تحليلـــية لتطويـــر الـــدفاع الاجتماعى ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٧٣ .

- السيد حسن البغال :
  - الظروف المشددة والمخففة فى قانون العقوبات فقهاً وقضاءً ، دار الفكر الحديث ، سنة ١٩٥٧ .
- القطب محمد القطب :
  - الإسلام وحقوق الإنسان " دراسة مقارنة " ، سنة ١٩٨٤ .
- امال عبد الرحيم عثمان :
  - أصول علم الإجرام والعقاب ، بدون جهة نشر ، ط١ ، سنة ١٩٩٥ .
  - شـــرح قانـــون الإجـــراءات الجنائية ، مطابع الهيئة المصرية العامة ، سنة ١٩٩٠ .
- امين افندى إبرام البستانى :
  - شـــرح قانـــون العقـــوبات المـــصرى ، مطـبعة المحروسة بمصر ، سنة ١٨٩٤
- جلال ثروت :
  - نظم الإجراءات الجنائية ، سنة ١٩٩٧
  - أصول المحاكمات الجزائية ، بيروت ، سنة ١٩٦٩
  - النظرية العامة للقانون الجنائى ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون تاريخ .
- حسن ربيع :
  - الإجـــراءات الجنائـــية فـــى التـــشريع المصرى ، بدون جهة طبع ، سنة ٢٠٠٠ .
- حسن صادق المرصفاوى :
  - أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٩٦ .
  - أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٨٢
  - قانون العقوبات " القسم الخاص " ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٧٨
  - جرائم الأموال ، مطبعة نهضة مصر ، سنة ١٩٥٦

- **حسن عكوشى :**
  - شرح قانون المخدرات الموحد ، دار الفكر الحديث للطبع والنشر ، ط٢ ، سنة ١٩٦١ .
- **حاتم بكار :**
  - حماية حق المتهم فى محاكمة عادلة ، منشأة المعارف ، بدون تاريخ .
- **حسام الدين محمد أحمد :**
  - الإذن بالتفتيش والضبط ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣
- **حسنى الجندى :**
  - شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠١ .
  - نية القتل فى جريمة القتل العمد ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ .
  - شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٤ .
  - فكرة العقوبات التبعية التكميلية وفى الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٣ .
  - أحكام الدفع ببطلان الاعتراف فى ضوء محكمة النقض ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ .
  - جريمة السرقة بين القانون الوضعى والشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٥.
- **حسنين عبيد :**
  - الوجيز فى قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٧ .
  - **قانون العقوبات " القسم العام " ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٧٦**
- **خالد محمد القاضى :**
  - روائع الأدب القضائى ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، سنة ٢٠٠٢ .
- **رمسيس بهنام :**

- الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلا ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٨٤ .
- القسم الخاص فى قانون العقوبات ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة ١٩٨٢ .
- الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٧٨ .
- النظرية العامة للقانون الجنائى ، دار المعارف بالإسكندرية ، سنة ١٩٦٨ .
- النظرية العامة للقانون الجنائى ، منشأة المعارف ، سنة ١٩٦٥ .

• رءوف عبيد :

- مبادئ الإجراءات الجنائية ، دار الجيل للطباعة ، سنة ١٩٨٥ .
- التسيير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون ، دار الفكر العربى سنة ١٩٨٤ .
- أصول عام الإجرام والعقاب ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨١ .
- علم الإجرام والعقاب ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨٠ .
- المشكلات العملية الهامة فى الإجراءات الجنائية ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨٠ .
- مبادئ الإجراءات الجنائية فى القانون المصرى ، دار الجيل للطباعة ، سنة ١٩٧٩.
- مبادئ القسم العام من التشريع العقابى ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٧٩
- جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٧٨ .
- مبادئ القسم العام من التشريع العقابى المصرى ، مطبعة نهضة مصر ، سنة ١٩٧٥ .

• زكريا إبراهيم :

- مشكلات فلسفية ، مكتبة مصر ، سنة ١٩٨١ .

- زين العابدين بن عبد الرحمن بن احمد :
  - جامع العلوم والحكم ، مطبعة نهضة مصر ، سنة ١٤٠٦هـ .
- سلوى توفيق - على حموده :
  - شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، سنة ٢٠٠٠
- سهام مصطفى ابو زيد :
  - الحسبة فى مصر الإسلامية ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، سنة ١٩٨٦
- سعد محمد موسى :
  - تطبيقات البحث الجنائى ، مطبعة كلية الشرطة ، سنة ٢٠٠٢ .
- صوفى ابو طالب :
  - تطبيق الشريعة الإسلامية فى البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٣ .
  - تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٨ .
  - تاريخ القانون المصرى ، ذار الفكر العربى ، سنة ١٩٧٨ .
  - مبادئ تاريخ القانون ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٦٧ .
- عادل بسيونى :
  - الوجيز فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار الثقافة العربية ، سنة ٢٠٠٣
- عبد الرحيم صدقى محمد حسنى :
  - الوجيز فى قانون العقوبات الخاص المصرى ، بدون جهة نشر ، سنة ١٩٨٣
- عبد الحميد الشواربى :
  - ضمانات المتهم فى مرحلة التحقيق الجنائى ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة ١٩٩٣ .
  - ظروف الجريمة المشددة والمخففة ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ١٩٨٥ .
  - المسئولية الجنائية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ .

- عزة الشريف :
  - دراسات فى التنظيم القانونى للنشاط الضبطى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٩ .
- عبد الفتاح الصيفى :
  - تأصيل الإجراءات الجنائية ، بدون جهة نشر ، سنة ٢٠٠٢ .
  - التلبس بالجريمة ، بدون جهة نشر ، سنة ١٩٩١ .
  - قانون العقوبات " القسم الخاص" ، دار المعارف ، سنة ١٩٦٧ .
- عبد العزيز ابو غنيمة :
  - الضرورة فى المعاملات فى الفقه الاسلامى ، بدون جهة نشر ، ط١ ، سنة ١٩٨٨ .
- عبد الوهاب حومد :
  - الوسيط فى شرح القانون الجزائى الكويتى ، بدون جهة نشر ، سنة ١٩٨٣ .
- عمر السعيد رمضان :
  - بين النظريتين النفسية والمعيارية للأثم ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٢ .
  - شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ
  - شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ
- عمر الفاروق الحسينى :
  - علم الإجرام والعقاب ، بدون جهة نشر ، ط٢ ، سنة ٢٠٠٠ .
  - تعذيب المتهم لحمله على الاعتراف ، المطبعة العربية الحديثة ، سنة ١٩٨٦ .
- على احمد راشد :
  - الجرائم التى تحصل لاحاد الناس ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، سنة ١٩٧٢ .
  - مبادئ القانون الجنائى ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ط٢ ، سنة ١٩٥٠ .

- **علي احمد راشد ، يسرى أنور على :**
  - القانــون الجنائـــى " المــدخل وأصول النظرية العامة " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٤ .
  - شــرح النظــرية العامـــة للقانـــون الجنائـــى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٣ .
- **على عبد القادر القهوجي :**
  - الـــندب للتحقـــيق ، دار الجامعـــة الجديـــدة للنـــشر " الإسكندرية " ، سنة ١٩٩٧ .
- **على فضل البوعينين :**
  - مرحلة الاستدلال والاحكام العامة التى يخضع لها التحقيق الابتدائى فى التشريع البحريتى ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤
- **على ذكى العرابى :-**
  - شرح القسم العام من قانون العقوبات " جرائم القتل والجرح والضرب " ، بدون جهة طبع ، سنة ١٩٢٥ .
- **عبد العظيم مرسى وزير :**
  - شـــرح قانـــون العقـــوبات " القسم العام " – دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩ .
  - شـــرح قانـــون العقوبات " القسم العام" جرائم الاعتداء على الأموال ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ .
  - افتـــراض الخطـــأ كأســـاس للمـــسئولية الجنائـــية " دراسة مقارنة " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٨
  - جرائم الأموال ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٣
- **عبد المنعم القوصى :**
  - المبادئ العلمية لدراسة الإجرام ، دار الفكر العربى ، سنة ٢٠٠٠
- **عبد المهيمن بكر :**
  - القسم الخاص فى قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٧
  - جرائم الاعتداء على الأشخاص ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٦٦.

- عوض محمد :
  - قانون الإجراءات الجنائية ، مؤسسة الثقافة الجماهيرية ، سنة ١٩٨٩ .
  - الأحكام العامة فى قانون الإجراءات الجنائية الليبى ، المكتب المصرى الحديث ، ط١ ، سنة ١٩٦٨ .
  - جرائم المخدرات والتهريب الجمركى والنقدى ، المكتب المصرى الحديث ، ط١ ، سنة ١٩٦٦ .
  - الوجيز فى قانون الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون تاريخ ، ط١
  - قانون العقوبات " القسم العام" ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون تاريخ
  - جرائم الأشخاص والأموال ، بدون دار نشر و تاريخ .
- عاطف فؤاد صحصاح :
  - الوجيز فى تأديب أعضاء هيئة الشرطة ، دار منصور للطباعة ، سنة ٢٠٠٠ .
- عبد العزيز محمد سرحان :
  - الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان الأساسية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٦٦
- عدلى عبد الباقى :
  - شرح قانون الإجراءات الجنائية ، المطبعة العالمية ، سنة ١٩٥١
- عبد الواحد إمام مرسى :
  - التحقيق الجنائى علم وفن بين النظرية والتطبيق ، بدون دار نشر وتاريخ
- عبد الرءوف المهدى :
  - القواعد العامة للإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٩
- فوزية عبد الستار :
  - شرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ .

- شـرح قانـون العقـوبات " القـسم العـام " ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٢ .
- النظرية العامة للخطأ غير العمدى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٧ .
- شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٧ .
- شرح قانون أصول المحاكمات الجنائية اللبنانية ، دار النهضة العربية " بيروت " ، سنة ١٩٧٥

• **قدرى عبد الفتاح الشهاوى :**

- ضوابط السلطة الشرطية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة ١٩٩٩ .

• **مأمون محمد سلامة :**

- الإجـراءات الجنائـية فى التشريع المصرى ، دار الفكر العربى ، سنة ١٩٨٨ .
- قانون العقوبات " القسم العام " ، دار الفكر العربى ، ط٤ ، سنة ١٩٨٤
- قانـون العقـوبات " القسم الخاص " – جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، دار الفكر العربى، ١٩٨٣ .
- قانـون الإجراءات " معلقا عليه بالفقه والقضاء " ، دار الفكر العربى ، سنة١٩٨٠ .

• **محمد ابو العلا عقيدة :**

- شـرح قانـون الإجـراءات الجنائـية ، دار النهضة العربية ، ط٢ ، سنة ٢٠٠١.

• **محمد الحبيب محمد امين السمالوطى :**

- محاضـرات فى تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، بدون جهة نشر ، سنة ٢٠٠٣ .

• **محمد السعيد عبد الفتاح :**

- أثـر الإكـراه علـى الإرادة فى المواد الجنائية " دراسة مقارنة" ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٢.

- محمد محى الدين عوض :

- قانـــون الإجراءات الجنائية السودانى ، مطبعة جامعة القاهرة ، الكتاب الجامعى ، سنة ١٩٨٠ .
- قانـــون العقـــوبات السوادانى " معلقاً على نصوصها" ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٩

- محمد حافظ غانم :

- المنظمات الدولية ، مطبعة نهضة مصر ، ط٢ ، سنة ١٩٥٧ .

- محمد صبحى نجم :

- الوجيـــز فـــى قانون المحاكمات الجزائية الاردنى ، مكتبة دار الثقافة ، ط١ ، سنة ١٩٩١ .

- محمد مصطفى القللى :

- المسئولية الجنائية ، مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، سنة ١٩٤٨ .

- محمد زكى ابو عامر :

- قانون العقوبات " القسم العام" ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٦ .
- الإجراءات الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ١٩٨٤ .
- الإثبات فى المواد الجنائية ، الفنية للطباعة والنشر ، بدون تاريخ .

- محمد سامى النبراوى :

- شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الليبى ، جامعة قاريونس بنغازى ، ط٣ ، سنة ١٩٩٥

- محمد على السالم عياد الحلبى :

- شـــرح قانـــون العقـــوبات الاردنى " القسم العام " ، مكتبة بغداد للنشر والتوزيع ، ط١ ، سنة ١٩٩٣ .

- محمد كامل عبيد :

- استقلال القضاء " دراسة مقارنة " ، بدون جهة طبع ، سنة ١٩٩١ .

- **محمود جمال الدين زكى :**
  - الوجيز فى النظرية العامة للالتزام فى القانون المدنى المصرى ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٨
- **محمود سلامة زناتى :**
  - موجز تاريخ القانون المصرى ، بدون جهة نشر ، سنة ١٩٨٦ .
  - تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٧٦ .
- **محمود محمود مصطفى :**
  - الإثبات فى المواد الجنائية ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ .
  - شـــرح قانون العقوبات " القسم العام " ، مطبعة جامعة القاهرة ، ط٧ ، سنة ١٩٧٤ .
  - أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ، دار النهضة العربية ، ط١ ، سنة ١٩٧٠ .
- **محمود نجيب حسنى :**
  - النظــرية العامــة للقــصد الجنائـــى ، دار النهــضة العربية ، ط٣ ، سنة ١٩٨٨ .
  - شـــرح قانون العقوبات " القسم الخاص " ، دار نافع للطباعة والنشر ، سنة ١٩٨٧ .
  - مدخل للفقة الجنائى الاسلامى ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٤ .
  - شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٢ .
  - شرح قانون العقوبات اللبنانى ، " بيروت " ، ط٢ ، سنة ١٩٧٥ .
  - علم العقاب ، دار النهضة العربية ، ط ٣ ، سنة ١٩٧٣ .
  - المساهمة الجنائية فى التشريعات العربية ، محاضرات القاها على طلبة قسم الدراسات القانونية بمعهد الدراسات العربية " جامعة الدول العربية " ، سنة ١٩٦٠ .
  - شـــرح قانـــون العقوبات " القسم العام " ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ .

- محمود كبيش :
  - تأكـيد الحريات والحقوق الفردية فى الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية ، بدون جهة نشر
- مدحت رمضان :
  - الوجيـز فى شرح قانون الإجراءات الجنائية الاتحادى لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ .
- مصطفى مجدى هرجة :
  - التعليق على قانون العقوبات في ضوء الفقة والقضاء ، بدون جهة نشر، سنة ١٩٩١
- نبيل مدحت سالم :
  - شــرح قانــون الإجــراءات الجنائية ، دار الثقافة الجامعية ، ط ٧ ، سنة ١٩٩٢ .
- نعيم عطية :
  - النظــرية العامــة للحريات الفردية ، الدار القومية للطباعة والنشر ، سنة ١٩٦٥ .
- هلالى عبد اللاه أحمد :
  - شرح قانون العقوبات " القسم العام " ، بدون جهة نشر ، سنة ٢٠٠٢
  - المركــز القانونــى للمــتهم فى مرحلة التحقيق الابتدائى ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٨٩
- هشام محمد فريد :
  - أصول علم الإجرام والعقاب ، بدون جهة نشر ، سنة ٢٠٠٣ .
  - الدعائم الفلسفية للمسئولية الجنائية ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ

رسائل الدكتوراه :

- **إبراهيم حامد الغماز :**
  - الشهادة كدليل إثبات فى المواد الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٠.
- **إبراهيم حامد طنطاوى :**
  - سلطات مأمور الضبط القضائى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٢.
- **ابراهيم ذكى اخنوخ :**
  - حالة الضرورة فى قانون العقوبات ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٤.
- **أحمد أبو القاسم أحمد :**
  - الدليل الجنائى المادى ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٠ .
- **احمد ادريس أحمد :**
  - افتراض براءة المتهم ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٤ .
- **أحمد كامل موسى :**
  - الحماية الجنائية لأسرار المهنة فى التشريع المصرى المقارن ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٠.
- **أحمد محمد خليفة :**
  - النظرية العامة للتجريم ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٥٩
- **إسماعيل محمد سلامة :**
  - الحبس الاحتياطى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣
- **حامد عبد الحكيم محمود راشد :**
  - الحماية الجنائية للحق فى حرمه المسكن ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٧.

- **حسن على حسن السمنى :**
  - شـــرعية الأدلـــة المستمدة من الوسائل العلمية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣ .
- **حسن صادق المرصفاوى :**
  - الحـــبس الاحتياطـــى وضـــمان حرمه الفرد فى التشريع المصرى ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٥٤.
- **حسن محمد علوب :**
  - اســـتعانة المـــتهم بمحامى فى القانون المقارن ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٠ .
- **حسنين إبراهيم صالح عبيد :**
  - النظـــرية العامـــة للظروف المخففة ، كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٠ .
- **ذنون أحمد الرجبو :**
  - النظـــرية العامة للإكراه والضرورة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٨٦ .
- **رياض رزق الله شمس :**
  - الحرية الشخصية فى التشريع الجنائى المصرى، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٣٤.
- **سامى حسنى الحسينى :**
  - النظرية العامة للتفتيش ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٢.
- **سامى صادق الملا :**
  - اعتراف المتهم ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ١٩٦٨.
- **عادل عاذر :**
  - النظرية العامة فى ظروف الجريمة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٦٦ .
- **عادل عبد الله خميس المعمرى :**
  - ندب مأمور الضبط القضائى للتحقيق فى القانون المصرى والاماراتى، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ٢٠٠١ .

- **علي حموده علي حموده :**
  - النظــرية العامـــة فـــي تسبيب الحكم الجنائي ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٤.
- **عبد الحافظ عبد الهادي :**
  - الإثبات الجنائي بالقرائن ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٩.
- **عبد الرحمن حسين علي :**
  - أثر الجهل أو الغلط في القانون على المسئولية الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٤ .
- **عبد الوهاب العشماوي :**
  - حمايـــة الخـــصومة الجنائـــية من تأثير النشر ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٥٣.
- **عبد الوهاب عمر البطراوي :**
  - النظــرية العامـــة لجــريمة الــزنا ، كلـــية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٨ .
- **عزت الدسوقي :**
  - قـــبول الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٦ .
- **عصام زكريا عبد العزيز :**
  - حقـــوق الإنسان في الضبط القضائي ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ٢٠٠١ .
- **فهد إبراهيم السبهان :**
  - استجواب المتهم " رسالة ماجستير " ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة، سنة ١٩٩٥.
- **قدري عبد الفتاح الشهاوي :**
  - أعمـــال الـــشرطة ومـــسئوليتها إداريا وجنائيا ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، سنة ١٩٦٨ .
- **ماجدة فؤاد محمود :**
  - الظروف المشددة " دراسة مقارنة " ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٨.

- **محمد عودة ذياب الجبور :**
  - الاختصاص القضائى لمأمور الضبط ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨١.
- **محمد عادل احمد :**
  - السرقة الحدية فى الشريعة الإسلامية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٦ .
- **محمد سامى النبراوى :**
  - استجواب المتهم ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٦٨.
- **محمد محمد سيف :**
  - الحماية الجنائية لحقوق المتهم ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ١٩٩٠ .
- **مجدى احمد فتح الله حسن :**
  - فاعلية الأداء الضبطى لرجال الشرطة ، كلية الدراسات العليا – اكاديمية الشرطة ، سنة ٢٠٠٢ .
- **ممدوح إبراهيم السبكى :**
  - حدود سلطات مأمور الضبط القضائى فى التحقيق ، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٨ .
- **ممدوح خليل بحر :**
  - حماية الحياة الخاصة فى القانون الجنائى "دراسة مقارنة" ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٨٣ .
- **هلالى عبد اللاه احمد :**
  - النظرية العامة للإثبات فى المواد الجنائية ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٤.
- **وجيه محمد خيال :**
  - أثر الشذوذ العقلى والعصبى فى المسئولية الجنائية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٣ .

المقالات والأبحاث:

- **احمد إبراهيم:**

- طــرق الإثبات الشرعية ، كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، س ١ ، سنة ١٩٤٣

- **احمد عبد العزيز الالفى:**

- الحبس الاحتياطى " دراسة إحصائية و بحث ميدانى " ، المجلة الجنائية القومية نوفمبر سنة ١٩٦٦ ، العدد الثالث .

- **احمد فتحى سرور:**

- مراقبة المكالمات التليفونية ، المجلة الجنائية القومية ، مارس – يوليو – نوفمبر سنة ١٩٩٧ ، العدد الأول والثانى والثالث .
- نظرية الخطورة الاجرامية ، مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ١٩٦٦
- أثــر التفتيش الباطل " مقارنة بين اتجاهات كل من القضائين الامريكى والمصرى " ، المجلة الجنائية القومية .

- **احمد محمد خليفة:**

- مــصل الحقيقة وجهاز كشف الكذب ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد الاول ، مارس سنة ١٩٨٥ ، العدد الأول .

- **أدوار غالى الذهبى:**

- الــتعدى علــى سرية المراسلات ، المجلة الجنائية القومية ، يوليو سنة ١٩٦٦ ، العدد الثانى.

- **آمال عبد الرحيم عثمان:**

- النموذج القانونى للجريمة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ١٤ ، سنة ١٩٧٢، العدد الأول .

- **بهاء الدين إبراهيم محمد:**

- وسائل البحث والتحقيق عند الفراعنة ، مجلة الامن العام ، س٧ ، سنة ١٩٦٤ ، العدد ٢٦ .

- حسن صادق المرصفاوى:
  - الإشــراف القــضائى على التحقيق " دراسة ميدانية " ، المجلة الجنائية القومية ، يوليو – نوفمبر سنة ١٩٧٧ ، العدد الثانى والثالث .
  - معاييــر القــبض " دراسة ميدانية " ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد الثالث عشر ، مارس سنة ١٩٧٠ ، العدد الأول .
  - الجــوانب العملــية فــى التحقــيق الجنائى ، المجلة الجنائية القومية ، سنة ١٩٦٨ ، العدد الثالث.
  - الأساليب الحديثة فى التحقيق الجنائى ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد العاشر ، مارس سنة ١٩٦٧ ، العدد الأول.
- رءوف عبيد :
  - نــوع بطــلان التفتيش فى القانون المصرى ، المجلة الجنائية القومية ، سنة ١٩٦٠ ، العدد الأول
  - بحث فى القانون الجنائى عند الفراعنة ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد الأول ، العدد الثالث
  - بــين القــبض على المتهمين واستيفافهم فى التشريع المصرى ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، يناير سنة ١٩٦٢ .
- رمسيس بهنام :
  - الاتجــاه الحــديث فــى نظرية الفاعل والفعل والمسئولية ، مجلة كلية الحقوق ، سنة ١٩٥٩، العدد الثالث والرابع .
  - فــى نظرية الفعل والفاعل والمسئولية ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، سنة ١٩٦١ ، العدد الثالث .
  - مــشكلة تعويض المجنى عليه فى الجريمة ، بحث مقدم للمؤتمر الثانى للجمعــية المــصرية للقانــون الجنائــى عــن حقوق المجنى عليه فى الإجراءات الجنائية ، سنة ١٩٨٩
- زين العابدين سليم :
  - طــريقة مقتــرحة للكــشف عن الجرائم فى مرحلة الاستدلال ، المجلة الجنائية القومية ، مارس سنة ١٩٧٠ ، العدد الأول .

- سامى صادق :

- حجية استعراف الكلاب الشرطية أمام القضاء ، المجلة الجنائية القومية، مارس سنة ١٩٧٤ ، العدد الأول .

- سعد جبالى عبد الرحيم :

- مـدى تأثر الجريمة والعقوبة بالعوامل الداخلة عليها بين الفقة الاسلامى والقانـون الوضعى ، " حقوق أسيوط " مجلة الدراسات القانونية ، سنة ١٩٩٩ ، العدد ٢٢

- طارق محمد غزالى :

- دراسـة مقارنـة تطبيقـية بين الشريعة الإسلامية والنظريتين النفسية والمعيارية مجلة القانون والاقتصاد ، س ٦٤ ، سنة ١٩٩٤ .

- عادل بسيونى :

– الأصـول التاريخـية والفلسفية لحقوق الإنسان ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية – جامعة المنوفية ، س ٤ ، أكتوبر سنة ١٩٩٥ ، العدد الثامن.

- عادل حافظ غانم :

- الخبـرة فى مجال الإثبات الجنائى ، مجلة الأمن العام ، سنة ١٩٦٨ ، العدد الثالث والأربعين .

- عبد الحميد جمال الدين

- الشرعية الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، المجلة الجنائية القومية ، س ١٩ ، سنة ١٩٧٦ ، العدد الأول والثانى .

- عبد الرءوف مهدى :

- الإرادة بين النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للمسئولية الجنائية ، المجلة الجنائية القومية ، نوفمبر سنة ١٩٧٦ العدد الثالث .

- عز الدين فوده :

- الـضمانات الدولية لحقوق الإنسان ، المجلة المصرية للقانون الدولى ، بدون سنة.

● علی احمد راشد :

- التلاحم بين الشريعة الإسلامية والتشريع الوضعى فى المجال الجنائى ، مجلة مصر المعاصرة ، س ٦٦ ، سنة ١٩٧٥ ، العدد ٣٦٢ .

- عن الإرادة والعمد والخطأ والسببية فى نطاق المسئولية الجنائية ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س٨ ، سنة ١٩٦٦ ، العدد الأول .

- عن الدفاع الاجتماعى ، مجلة مصر المعاصرة ، س ٥٧ ، سنة ١٩٦٦ ، العدد ٣٢٦ .

● عمر السعيد رمضان :

- بـين النظـريتين النفـسية والمعـيارية للاثم ، بحث فى طبيعة الركن المعنوى ، مجلة القانون الاقتصاد ، سنة ١٩٦٤ ، العدد الثالث.

● عمرو إبراهيم الوقاد :

- الحمايـة الجنائية للحقوق المادية للإنسان ، مجلة روح القوانين ، سنة ١٩٩٤ ، العدد العاشر .

● فخرى عبد الرازق الحديثى :

- مؤسـسات العدالـة الجنائـية فـى التشريع الاسلامى ، سلسلة الدفاع الاجتماعى ، سنة ١٩٨٢، العدد الرابع

● مأمون محمد سلامة :

- الأحكـام العامة للمسئولية الجنائية " دراسة للفقه الوضعى مقارنا بالفقة الاسـلامى " ، مجلة القانون والاقتصاد ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣ .

- العقوبة وخصائصها فى التشريع الاسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ، س٤٨ ، سنة ١٩٧٨ ، العدد الأول.

● محمد إبراهيم زيد :

- اسـتخدام الأساليب الفنية الحديثة فى التحقيق الجنائى ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد العاشر ، سنة ١٩٦٧ ، العدد الأول .

- **محمد على محجوب :**
  - الإكــراه بــين الشريعة والقانون ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س ٢٤ يناير ويوليو سنة ١٩٨٢ ، العدد الاول والثانى .
- **محمد أحمد مكين :**
  - أركــان وشروط الإكراه " دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية " ، المجلة الجنائية والاقتصادية ، جامعة الزقازيق ، سنة ١٩٩٣ ، العدد الأول .
- **محمد بدر المنياوى :**
  - الإطار العام لمعالجة حقوق الإنسان فى نطاق الدعوى الجنائية ، المجلة الجنائــية القومية، مارس – يوليو – نوفمبر سنة ١٩٩٧ ، العدد الأول والثانى والثالث .
  - تاريخ القانون الفرعونى ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س١٩ ، سنة ١٩٧٧ ، العدد الثانى
- **محمد زكريا البرديسى :**
  - الإكراه بين الشريعة والقانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ١٩٦٠ ، العدد الاول .
- **محمد شتا ابو سعده :**
  - مفهوم القوة القاهرة ، مجلة مصر المعاصرة ، س ٧٤ ، سنة ١٩٨٣ ، العدد ٣٩٣.
- **محمد محى الدين عوض :**
  - حقــوق المجنـــى عليه فى الدعوى العمومية ، بحث مقدم الى المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائى ، القاهرة الفترة من ١٢ – ١٤ مارس سنة ١٩٨٩.
- **محمد عمر مصطفى :**
  - الجريمة وعدد أركانها ، مجلة القانون والاقتصاد ، مارس سنة ١٩٦٦
  - النتــيجة وعناصر الجريمة ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، س٧ يوليو سنة ١٩٦٥، العدد الثانى .

- **محمود محمود مصطفى :**

- حقـــوق الإنسان فى الإجراءات الجنائية خلال مائة عام ، مجلة القانون والاقتصاد ، مطبعة جامعة القاهرة ، سنة ١٩٨٣
- اعتراف المتهم ، مجلة الحقوق ، ديسمبر سنة ١٩٤٨ ، العدد الرابع .
- ســرية التحقــيقات الجنائية وحقوق الدفاع ، مجلة القانون والاقتصاد ، س ١٧ ، سنة ١٩٤٧ ، العدد الأول .

- **محمود نجيب حسنى :**

- المسئولية الجنائية عن الامتناع ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى الثالث عــشر لقانــون العقــوبات الــذى عقد فى القاهرة من ١ – ٧ أكتوبر سنة ١٩٨٤ .

- **نعيم عطية :**

- حــق المــتهم فــى الصمت ، مجلة الأمن العام ، يوليو سنة ١٩٦٧ ، العدد ٦٤.

مؤلفات الشريعة الإسلامية :

١ـ القرآن الكريم :

- **تفسير القرآن الكريم :**

- للإمام الحافظ أبى الفداء إسماعيل ابن كثير القرشيى الدمشقى ، المتوفى ٧٧ هـ ، دار الحديث " القاهرة "

- **الجامع لأحكام القرآن :**

- لمحمد بن أحمد الانصارى القرطبى ، المتوفى سنة ٦٧١ هـ ، دار الكتب المصرية ، سنة ١٩٥٠ م .

- **جامع البيان عن تأويل القرآن**

-لابى جعفر محمد بن جرير الطبرى ، المتوفى سنة ٣١٠ هـ ، دار المعارف "بمصر " ، سنة ١٩٥٧ م .

٢ـ كتب الحديث وعلوم الحديث

- **سنن ابن ماجه :**

- لابى عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزوينى ، المتوفى سنة ٢٧٣هـ ، المطبعة التجارية ، القاهرة ، سنة ١٩٢٨

- **سنن ابى داود :**

- ابى داود سليمان ابن الاشعث السجستانى الازدى المتوفى ١١٨٢ هـ ، دار الجبل " بيروت"

- **الجامع الصحيح وهو سنن الترمذى :**

- لابى عيسى محمد بن عيسى بن سورة ، المتوفى سنة ٢٩٧ هـ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى واولاده بمصر ، ط١ ، ١٩٦٢ م

- **شرح الزرقانى على الموطأ :**

- لابى عبد الله محمد بن عبد الباقى الزرقانى ، المتوفى سنة ١١٢ هـ ، مطبعة مصطفى محمد الحلبى بمصر ، سنة ١٩٣٦ هـ

- **رياض الصالحين :**
  - ابى زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ، المكتبة العتيقة "دار التراث " ، ط١ ، سنة ١٩٧٩ م .

- **صحيح البخارى :**
  - لابـى عـبد الله محمد بن إسماعيل البخارى ، المتوفى سنة ٢٥٦ هـ مطـبوع بهـامش "فـتح الـبارى " ، المطبعة الخيرية بمصر ، ط١ ، سنة ١٣١٩ هـ ،

- **شرح بلوغ المرام من مجمع أدلة الأحكام :**
  - للحافظ أحمد بن على محمد العسقلانى المعروف بابن حجر العسقلانى ، ٧٧٣ – ٨٥٢هـ ، مطبعة مصطفى البابلى الحلبى ، سنة ١٩٦٠ .

- **فتح البارى شرح صحيح البخارى :**
  - لشهاب الدين ابى الفضل أحمد بن على العسقلانى ، المتوفى سنة ٨٥٢ هـ ، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر ، سنة ١٩٥٩ م

- **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار :**
  - محمـد بـن علـى بن محمد الشوكانى ، المتوفى ١٢٥٠ هـ ، مكتبة الكليات الأزهرية .

٢ـ كتب الفقه :

المذهب الحنفى

- **الاشباه والنظائر**
  - زيـن الـدين بن ابراهيم بن نجيم ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، مؤسسة الجلى وشركاه للنشر والتوزيع ، سنة ١٩٦٨ م .

- **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**
  - لـزين الـدين بن ابراهيم بن نجيم ، المتوفى سنة ٩٧٠ هـ ، المطبعة العلمية " القاهرة " ، ط١، ١٣١١ هـ.

- **المبسوط :**

- لابـــى محمـــد بن أحمد بن سهل السرخسى ، المتوفى سنة ٤٩٠ هـــ ، دار المعارف للطباعة والنشر ، بيروت .

- **بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع :**

- عـــلاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ، المتوفى سنة ٥٨٧ هـــ ، ط٢ ، دار الكتاب العربى " بيروت " سنة ١٩٨٢ م

- **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق :**

- لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى ، المتوفى سنة ٧٤٣ هـــ ، المطبعة الأميرية ، ط١ ، سنة ١٩١٠ م

- **شرح فتح القدير :**

- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى ، المتوفى سنة ٦٨١ هـــ ، مطبعة مصطفى البابلى الحلبى وأولاده بمصر ، ...

- **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام**

- عـــلاء الدين أبى الحسن على بن خليل الطرابلس ، المتوفى سنة ٨٤٤ هـــ ، المطبعة الأميرية " القاهرة " ، سنة ١٣٠٠ هـــ

المذهب المالكى :

- **الأحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضى والإمام**

- لشهاب الدين ابى العباسى احمد ابن ادريس القرافى ، مطبعة الانوار ، سنة ١٩٣٨ م

- **المنتقى شرح الموطأ**

- لابـــن الولـــيد ســـليمان بـــن خلف الباجى ، المتوفى سنة ٤٩٤ هـــ ، مطبعة السعادة " القاهرة " ، ط١ ، سنة ١٣٣٢ هـــ .

- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد :**

- محمـــد بـــن احمـــد بـــن رشـــد القرطبى، المتوفى ٥٩٥ هـــ ، ط١ ، مطبعة محمد على صبيح الأزهر.

- **تبصرة الحكام فى أصول الاقضية ومناهج الأحكام :**
  - برهان الدين إبراهيم بن على بن فرحون ، المتوفى سنة ٧٩٩ هـ مطبوع بهامش فتح العلى المالك ، مطبعة مصطفى الحلبى ، سنة ١٩٥٨ م .
- **حاشية الدسوقى على الشرح الكبير :**
  - لشمس الدين محمد عرفه الدسوقى ، مطبعة عيسى الحلبى .

المذهب الشافعى :

- **الاشباه والنظائر الفقهية :**
  - لجلال الدين عبد الرحمن السيوطى ، المتوفى سنة ٩١١ هـ ، مطبعة عيسى الحلبى " القاهرة" .
- **الام :**
  - ابى عبد الله محمد ابن ادريس الشافعى ، المتوفى سنة ٢٠٤هـ ، مطبعة دار الشعب "القاهرة" ، سنة ١٩٦٨م .
- **المهذب :**
  - لابى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الشيرازى ، المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ، مطبعة مصطفى البابلى الحلبى ، سنة ١٩٧٧ .
- **مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج .**
  - لمحمد بن محمد بن احمد الشربينى الخطيب ، المتوفى ٩٧٧ هـ ، مطبعة مصطفى محمد " بمصر "
- **اسنى المطالب فى شرح روض الطالب :**
  - لابى يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الانصارى ، مطبعة القاهرة ، سنة ١٣١٣ هـ

المذهب الحنبلى

- اعلام الموقعين عن رب العالمين :

- لابى عبد الله محمد ابن بكر الزرعى الدمشقى ، المتوفى سنة ٧٥١ هـ ، المطبعة التجارية " القاهرة " ط١ ، ١٩٥٥م

- الاقناع :

- ابــى النجا شرف الدين موسى الحجاوى المقدسى ، المتوفى ٩٦٨ هـ دار المعرفة " للطباعة والنشر " بيروت " ، بدون تاريخ

- الشرح الكبير :

- شــمس الــدين ابى الفرج عبد الرحمن بن ابى عمر محمد بن احمد ، المتوفــى ســنة ٦٨٢ هــــ ، دار الكــتاب العربى " للنشر والتوزيع " سنة ١٩٨٣ م

- المغنى :

- موفق الدين ابى محمد عبد الله بن احمد بن محمود قدامه ، المتوفى سنة ٦٣٠هــ ، دار الكتاب العربى للنشر والتوزيع ، سنة ١٩٨٣م.

هـ ـ المذهب الأخرى :

المذهب الظاهرى

- المحلى :

-ابــى محمــد على بن احمد بن سعيد بن حزم ، المتوفى سنة ٤٥٦ هــ ، دار الآفاق الجديدة " بيروت " .

الشيعة الذيدية :

- البحر الزخاد

– لاحمــد بــن يحيــى المرتضى ، المتوفى سنة ٨٤٠ هــ ، مطبعة السنة المحمدية ، ط١ ، سنة ١٩٤٨ م

المراجع فى الشريعة الإسلامية .

الأحكام السلطانية والولايات المدنية ، أبو الحسن على بن محمد بن حبيب البصرى ، دار الكتب الفلسفية " بيروت " ، بدون سنة.

- **الحاوى الكبير**
  - ابـــى الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردى ، المتوفى ٤٥٠ هــ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون سنة .
- **القوانين الفقهية :**
  - لابن جزى ، المكتبة الثقافية " بيروت " ، بدون سنة .
- **البناية فى سرح الهداية :**
  - لابـــى محمـــد محمـــود بـــن احمد الغينى ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون سنة .
- **العقوبة فى الفقة الاسلامى ▪ دراسة مقارنة ▪**
  - احمد فتحى بهنسى ، مكتبة دار العروبة ، سنة ١٩٨٦.
- **نظريات فى الفقة الجنائى الإسلامى :**
  - أحمد فتحى بهنسى ، دار الشروق ، سنة ١٩٨٦.
- **التعزير بالحبس فى الشريعة الإسلامية :**
  - اشرف عبد الرازق ويح ، بدون جهة نشر وتاريخ.
- **فقة السنة**
  - السيد سابق ، الفتح للإعلام العربى ، ط٢ ، سنة ١٩٩٩ م
- **تحفة الفقهاء :**
  - علاء الدين السمرقندى ، المتوفى سنة ٥٣٩ هــ ، دار الكتب العلمية " بيروت" ، بدون جه
- **الضرورة فى المعاملات فى الفقة الاسلامى :**
  - عبد العزيز أبو غنيمة ، بدون جهة نشر ، ط١ ، سنة ١٩٨٨ .

- تبيين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك :
  - عـبد العزيز حمد آل مبارك الاحسانى ، دار العرب الاسلامى ، ط١ ، سنة ١٩٩١ .
- التنظيم القضائى الاسلامى :
  - حامد محمد أبو طالب ، بدون جهة نشر ، ط١ ، سنة ١٩٨٢ .
- التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى
  - عبد القادر عودة ، مكتبة دار التراث " القاهرة " ، بدون سنة .
- التكاليف الشرعية :
  - عبد الحميد ميهوب ، دار الكتاب الجامعى ، ط١ ، سنة ١٩٨٠ م .
- أصول الفقة :
  - عـبد الحميد ميهوب ، دار الطباعة المحمدية ، ط٣ ، سنة ١٩٨٨ .
- دراسات فى الفقة الجنائى الاسلامى :
  - عوض محمد ، دار المطبوعات الجامعية ، بدون سنة
- الجريمة والعقوبة فى الشريعة الاسلامية :
  - محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربى ، بدون سنة
- نظرية الضرورة فى الفقة الجنائى الاسلامى والقانون الجنائى الوضعى .
  - يوسف قاسم ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٣

و. المجلات الدورية والمجموعات :

- مجلة الأمن العام
- المجلة الجنائية القومية
- مجلة مصر المعاصرة
- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية
- مجلة الحقوق
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية
- المجلة المصرية للقانون الدولى
- مجلة القانون والاقتصاد
- مجلة روح القوانين
- المجلة الجنائية والاقتصادية
- المجلة العربية للفقة والقضاء
- المجلة العربية للدفاع الاجتماعى
- مجموعة الربع قرن " القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى المواد الجنائية .
- المستحدث فى أحكام محكمة النقض المصرية . مكتب محكمة النقض .

ثانيا : المراجع الفرنسية :-

- *AGULHON (A)* :
- MANEL Pratique du Juge d'instruction, paris, 1924
- *Blondet (M)* :
  - La légalité de l'enquête officieuse, J. G.P. 1955 . 1 . 1233
  - Reperatoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, paris , 2 én ed . 1968
- *Besson (A)* :
  - La police Judiciaire et la cadre de procédure pénalé, D. 1958
- *Barricand (Jacques) et Simon (Anme – Marie)* :
  - droit pénal , procédure pénal , dalloz , 2 éd , 2000
- *Bouloc (B)* :
  - L'acte d'instruction, paris , 1950
- *Beccaria,* :
  - des délits et des peines traduction France. ed, flammanion. 1979
- *CAPOGNE (M.N.)* :
  - droit pénal général , L'Hermès, 2 édition 1939
- *Conte (p) et chambon (P.M)* :
  - procédure pénale, armand colin , 3 éd , 2001.
- *Champon (p) le Juge* :
  - D'instruction, paris , 1972.

- *Canim (P) :*
  - Droit pénal général, Hachette, 2000
- *Caullet (Paul et Marc) :*
  - cours de police administrative et judiciaire, Paris, 16 em édition , 1955
- *Dellida (f) :*
  - Perquisition et saisie chez les avocats et les avoués et les Notaires Rev. Sc. Crim 1953
- *Del'isle (P) et cogniart (paul) :*
  - procédure pénal, paris , S.P, t. 2
- *Desportes (F) et le Gunehec (F) :*
  - Lenouveau droit pénal, économica, 2000 t. 1 , droit pénal général .
- *Faustin Hélie :*
  - Traite de instruction criminelle , 2 em édition, paris, 1866
- *Foignet (Rene) :*
  - Mannuel élémentaire de droit administratif, Paris, 13 em édition, S.D.
- *Garraud, :*
  - Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale , T. 2, Paris, 1909 .
- *Guninchard (S) et Buisson (J) :*
  - Procédure pénale, litec, 2000.

- *Gassin (R) :*
  - répertoire de droit Criminel et procédure pénale, Dalloz, 1967, T. 1. Vo. arrestation.
- *Gauthier (P) et Laurte (B) :*
  - droit pénal des affaires, paris, 1 er édition 1986.
- *Graven (J) :*
  - le probléme des nouvelle, techorique, d'investigation au procès pénal Rev. sc. Crim. 1950
- *Haurio (M) :*
  - précis de droit administratif et de droit public, Paris, 10 em édition, 1927.
- *Hamelin (j) et damiea (A) :*
  - les rcgles de la nouvelle profession d'avocat, paris 3em édition 1977.
- *Jeandidier (W) :*
  - Droit pénal général, 2 édition 1991
- *Larguier (J) :*
  - Droit pénal et procédure pénale. Paris, 4 em édition 1972
- *Lambert (L) :*
  - Formulaire des officiaires de police jucliciaire, paris 1985
- *Levasseur (G) Bouloc (B) stefani (G) :*
  - droit pénal général, Dalloz, 2000.

- *Levasseur :*
  - lés techniques de l'individualisation judiciaire; rapport synthése au 8 ém congrés international de defense sociale 1971 ; Rev. sc. Crim ; 1972
- *Merle (R) :* .
  - la rôle de la défénse, en procedure pénale compare, Rev. Sc. Crim, 1970
- *Matsopoulou (H) :*
  - les enquêtes de police, thése paris, 1 , 1994 .
- *Marquiset (J) :*
  - reperatoire de droit pénal et procédure Pénale, D , 1954 , 2, vo . perquistion – saisie – visite domiieliaire .
- *Merle (R) et vitu (A) :*
  - traite de droit criminel – procédure penale, paris , 3 en edition , 1979.
- *Michaud (J) :*
  - deux textes protectes; les articlts 104 et 105 du code de procedure penale Rev. sc. Crim 1971 .
- *Pédamonc (M) :*
  - La fouille corporelle ; Rev sc. crimy 1967 .
- *Parra (C) et montreuil :*
  - traité de procédure pénale ; policiere paris ; 1970
- *Pradel (J) :*
  - Droit pénal , 2 em edition , 1980 .

- *Rassat (M – L) :*
  - le ministére public entre son passé et son avenir , paris , 1967
- *Robert (J – M) :*
  - répertoire de droit pénal et procédure Pénal, D ; 2 em edition 1969
- *Stefani (G) :*
  - levasseur (George) et bouloc (Bernand) : procédure pénal ; paris ; 13 em eduction, 1987
- *Soyer (J – C) :*
  - Manuel de droit pénal et procédure pénale paris ; 7 em edition, 1987
- *Salvage (P) :*
  - droit pénal général ; P.U.F. , 4 édition 1998
- *vitu (A) :*
  - procédure pénal, Paris, 1957
- *vouin (R) et leaute (J) :*
  - droit pénal et criminologie ; paris , 1956 .

فهـــرس إجمـــالى

المبحث الأول

التميز بين أركان الجريمة والظروف المشددة

المبحث الثانى

الإكراه كظرف فى الجريمة

المطلب الأول

تقسيمات الظروف

المطلب الثانى

موضع الإكراه من هذا التقسيم

الفصل الثالث

طبيعة ظرف الإكراه

شركة ناس للطباعة
ت: 23925376